Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XVII.

Ueber die neuesten Leistungen der Gesetzgebung auf dem Gebiete des Civilprozesses, mit besonderer Beziehung auf die neuesten Entwürfe einer Civilprozeßordnung für das Großherzogthum Baden und für Hamburg, über den Stand der Arbeiten in der Richtung auf Abfassung einer gemeinsamen deutschen Civilprozeßordnung, mit Nachweisung wichtiger Hülfsmittel zur Benützung für den Gesetzgeber, sowie Entwickelung der Bedingungen einer erfolgreichen Durchführung des Prinzips der Mündlichkeit.

Von

Mittermaier.

Unsere bisherigen Darstellungen bezweckten die Bestrebungen zu schildern, welche in den deutschen Staaten in neuester Zeit fortdauernd gemacht werden, um zu einer Einheit der Gesetzgebung in Deutschland in Bezug auf den Civilprozeß zu gelangen. Wir haben aber auch die Schwierigkeiten und die Hindernisse hervorgehoben, welche einem solchen Unternehmen entgegenstehen, insbesondere, wenn durch eine Commission der Entwurf eines solchen Gesetzbuches bearbeitet werden soll, und es dann darauf ankömmt, Anordnungen zu treffen, durch welche der Entwurf zu einem für ganz Deutschland geltenden Gesetzbuche erhoben werden soll. Wir sind fortdauernd überzeugt, daß jeder Versuch, dieß zu bewirken, so lange Deutschland kein Bundesstaat sein und kein allgemeines Vertrauen genießendes deutsches Parlament bestehen wird, nicht darauf rechnen kann, daß ein solches deutsches Gesetzbuch den Bedürfnissen und den gerechten Forderungen des deutschen Volkes entsprechen wird. Es kann Demjenigen, welcher die große Verschiedenheit der Zustände, der Sitten und der Angewöhnungen des deutschen Volkes in den verschiedenen Staaten kennt, wer es weiß, wie vielfach die Ansichten und Angewöhnungen des Volkes in Deutschland sind, nicht entgehen, daß jeder Versuch ohne die Voraussetzung des Daseins der eben er-

wähnten politischen Zustände, auf deren Verwirklichung immer dringender die Forderungen des Volkes gerichtet sind, ein allgemeines deutsches Civilprozeß-Gesetzbuch durchzusetzen, mit der nothwendigen Erhaltung des constitutionellen Lebens in den einzelnen deutschen Staaten in Widerspruch kommen wird und auf diese Art das nothwendige Vertrauen zu dem Gesetzbuch leiden muß. – In neuester Zeit ist nun seit der Zeit der Veröffentlichung unseres letzten Aufsatzes ein großer Schritt geschehen zur Verwirklichung der Idee der Einheit einer Civilprozeß-Gesetzgebung für Deutschland durch die Ernennung einer Commission, die aus Mitgliedern von erfahrenen Juristen aus allen deutschen Staaten (leider ohne Mitwirkung von einem Abgeordneten aus Preußen) bestehen soll, während auf dem politischen Gebiete eine mit der Wirksamkeit dieser Commission innigst zusammenhängende Einrichtung in der Art empfohlen und zum Gegenstande der Berathung von Versammlungen gemacht wurde, daß eine aus Mitgliedern der Kammern der verschiedenen Staaten bestehende Delegirten-Versammlung wenigstens vorläufig den Anfang der Verwirklichung eines deutschen Parlaments bilden soll, so daß diesem der von der Commission bearbeitete Entwurf der Civilprozeßordnung vorgelegt werden könnte.

Erfreulich ist es, daß die zur Bearbeitung des Entwurfs der deutschen Civilprozeßordnung ernannte Commission ihren Sitz in Hannover hat, also in dem Lande, in welchem seit mehreren Jahren eine Civilprozeßordnung in Wirksamkeit ist, die auf die neuen allgemein geforderten Grundlagen gebaut, sich gut bewährt, wo aber auch die Mitglieder der Commission die beste Gelegenheit haben, an Ort und Stelle die Erfahrungen zu sammeln, welche in Hannover in Bezug auf Mängel oder Lücken des neuen Gesetzbuches gemacht wurden, zugleich aber auch Einzelnheiten des hannöverischen Verfahrens kennen zu lernen. An die Wirksamkeit dieser Commission knüpft sich die Hoffnung, daß die Commissionsmitglieder zu einer Verständigung gelangen werden *über die wesentlichen Grundlagen*, auf welchen jede neue deutsche Civilprozeßgesetzgebung beruhen soll, und über viele Hauptpunkte des Verfahrens, z. B. über Regelung des Verhältnisses des vorbereitenden Verfahrens zur mündlichen Ver-

handlung, über Stellung der Advokaten, selbst über wichtige prozessualische Rechtsfragen, z. B. wie weit ein der Rechtskraft fähiges Beweis-Interlocut zugelassen werden soll, in wie fern eine gesetzliche Beweistheorie aufgestellt oder das freie Ermessen der Richter in der Beurtheilung der Wirkung der Beweismittel anerkannt werden soll. Kömmt über solche Punkte eine Verständigung in Hannover zu Stande, so ist schon viel gewonnen, weil dann erwartet werden darf, daß die Civilprozeß-Gesetzbücher in allen deutschen Staaten auf gewissen als zweckmäßig anerkannten Grundlagen beruhen werden. Man darf dabei nicht die angeblich großen Vortheile überschätzen, die gewonnen werden sollen, wenn eine in allen Einzelnheiten gleichförmige Civilprozeß-Gesetzgebung in ganz Deutschland besteht. In der Civilprozeß-Gesetzgebung entscheidet vorzüglich das Prinzip der Zweckmäßigkeit, die aber nach den besonderen Verhältnissen und praktischen Bedürfnissen des Landes, selbst nach den Sitten der verschiedenen Bevölkerungen sich richten muß, für welche die neue Gesetzgebung eingeführt werden soll. Niemand kann aber verkennen, daß in Deutschland in den verschiedenen Gegenden die Angewöhnungen des Volkes ebenso wie örtliche Verhältnisse so verschieden sind, daß durch eine erzwungene Gleichförmigkeit der Vorschriften in dem Civilprozesse das Bedürfniß leicht verletzt werden könnte.

Wir bitten Diejenigen, welche so viel von der allgemeinen Gesetzgebung im Prozesse sprechen, an die Erfahrungen Frankreichs sich zu erinnern, wo allerdings eine für das ganze Reich geltende Civilprozeß-Gesetzgebung besteht, wo aber die genaue Vergleichung des Verfahrens und der Rechtsübung bald lehrt, daß bei den verschiedenen Gerichten Frankreichs das Verfahren in vielen Punkten ein sehr verschiedenes ist. Wer z. B. die Rechtsübung in Paris mit der in den Bezirken anderer Appellationsgerichte und selbst der Gerichte erster Instanz vergleicht, wird sich bald überzeugen, daß eine große Verschiedenheit der Einzelnheiten des Verfahrens bemerkbar ist. Wir bitten Diejenigen, welche Frankreichs Prozeßverfahren genau kennen, sich daran zu erinnern, wie verschieden z. B. das Vorverfahren zwischen Anwälten mittelst der Gerichtsboten ist, in welcher Verschiedenheit

die sogenannten conclusions motivés vorkömmt, wie verschieden das System der Vertagung der Sitzung ist, je nachdem das Gericht gegen solche Vertagungsanträge nachsichtig oder strenger ist, welche Verschiedenheit dadurch entsteht, wenn bei einzelnen Gerichten die Verrichtungen des Avoué und Avocat in Einer Person vereinigt sind, während bei den anderen Gerichten streng sie getrennt werden. Durch solche Verschiedenheit leidet die nothwendige Einheit der Gesetzgebung nicht, welche allerdings dann beeinträchtigt wäre, wenn in den verschiedenen Staaten eine Verschiedenheit z. B. darüber besteht, ob Advokaten bei allen Gerichten zuzulassen sind, ob gewisse Beweismittel zulässig sind, ob z. B. der Zeugenbeweis, wie nach französischem Rechte, beschränkt oder allgemein in allen Rechtssachen gebraucht werden kann, in welchem Umfang der Eid zulässig ist, durch welche Art von Rechtsmitteln ein Urtheil angegriffen werden kann. Ein anderes Beispiel über die Schwierigkeit zu einer gleichförmigen Civilprozeß-Gesetzgebung in einem Lande zu gelangen, welches aus verschiedenen Staaten besteht, die bisher vrrschiedene Civilgesetzgebungen hatten, liefert die Verhandlung, die in der Versammlung des schweizerischen Juristenvereins in Zürich im September 1862 stattfand, worüber unten weitere Mittheilungen zu machen sind. Ein Hauptgegenstand der Besprechung war in jener Versammlung die Verbesserung der bestehenden Einrichtung des Civilprozesses und die Erreichung einer wünschbaren Annäherung der kantonalen Gesetzgebungen. Wir werden unten zeigen, wie die Ansichten und Vorschläge ausgezeichneter Praktiker, die aus verschiedenen Kantonen zusammenkamen, da auseinander liefen, als die Berathung auf die Frage führte, ob die Mündlichkeit oder die Schriftlichkeit des Verfahrens den Vorzug verdiene, und auf welche Art die beiden Prinzipien mit einander in Einklang gebracht werden könnten, ferner bei der Frage, wie die sogenannten Bagatellsachen behandelt werden sollen. Man fragt billig: wenn schon in der Schweiz, in welcher die Bevölkerung, die Einrichtungen und Sitten und in den meisten Kantonen auch die Civilrechtspflege gleichförmiger sind, die Ansichten so wesentlich verschieden sind und selbst in dem Bundesstaat der Schweiz nicht so bald eine Gleichförmigkeit der Gesetzgebung erwartet werden kann, ist wohl

zu erwarten, daß dieſe in Deutſchland, welches kein Bundesſtaat iſt, bei der großen Zerſtückelung und bei dem vielfach herrſchenden Geiſt des Partikularismus eine gemeinſame Civilprozeß-Geſetzgebung zu Stande kommen wird, welche den Bedürfniſſen aller Staaten entſpricht. Erwartet man von der empfohlenen Delegirten-Verſammlung das Heil, ſo müſſen wir alle in dieſem Archiv [1]) oben angegebenen Bedenklichkeiten wiederholen. Soll der Delegirten-Verſammlung nur der Charakter beigelegt werden, daß ſie den von der Commiſſion in Hannover bearbeiteten Entwurf einer Prozeßordnung prüfe und ihr Gutachten darüber abgeben ſoll, ob der Entwurf zur Annahme als deutſches Geſetzbuch empfohlen werden kann, ſo iſt damit nichts gewonnen; denn der Entwurf müßte dann erſt den Kammern der einzelnen Staaten zur Zuſtimmung vorgelegt werden. Daß aber bei den Berathungen der Kammern eine ſehr große Verſchiedenheit der Anſichten ſich ausſprechen und über die wichtigſten Punkte vielfach von den Vorſchlägen des Entwurfs abweichende Beſchlüſſe gefaßt werden, iſt wohl nicht zu bezweifeln. Soll aber der Delegirten-Verſammlung der Charakter gegeben werden, daß ſie definitiv abzuſtimmen und zu beſchließen hat, ob der Entwurf als deutſches Civilprozeß-Geſetzbuch eingeführt werden ſoll, ſo erheben ſich, abgeſehen von einer Reihe von ſchwierigen Fragen über die politiſche Stellung der Delegirten-Verſammlung große Bedenklichkeiten. 1) Es entſteht ein gegründeter Zweifel, ob ohne eine darüber in der Verfaſſung oder in einem beſonderen Geſetze eines Landes enthaltene Vorſchrift, nach welcher die Kammern befugt ſein ſollen, einige ihrer von ihnen durch Wahl bezeichnete Mitglieder abzuordnen, dieſe bevollmächtigt werden dürfen, einen Beſchluß zu faſſen, welcher ebenſo verbindlich ſein ſoll, als ob die Kammer ihn ſelbſt gefaßt hätte, und ob die Kammern ermächtigt ſind, ihres verfaſſungsmäßigen Rechts ſich zu entäußern, ſelbſt die Vorlage zu prüfen, oder eigentlich ihre Pflicht, Dieß zu thun, unterlaſſen können, um Einzelnen ihrer Mitglieder das zu übertragen, was verfaſſungsmäßig nur der ganzen Kammer zuſteht. Es iſt zwar richtig, daß in einzelnen Staaten, z. B. auch in

1) Archiv, 45. Band S. 102.

Bayern, ein Ausschuß gewählt werden kann, welchem die Prüfung eines vorgelegten Entwurfs obliegt, und daß durch seine Entscheidung eigentlich das Gesetz zu Stande kömmt; allein eine solche Einrichtung wird nur durch ein Gesetz begründet, und der von dem Ausschuß berathene Entwurf wird mit den Beschlüssen des letzteren der Kammer zur Abstimmung vorgelegt, wo freilich bei dem letzteren die einzelnen Mitglieder oft in einer schlimmen Lage sind. 2) Ein anderer Zweifel entsteht darüber, ob jede deutsche Kammer in ihrer Mitte solche Mitglieder hat, welche über die schwierige Frage, ob ein für ganz Deutschland verbindliches Prozeßgesetz zu Stande kommen soll, auf eine das allgemeine Vertrauen begründende Weise berathen und abstimmen können. Man fragt billig, ob der zur Berathung, der sein engeres Vaterland betreffenden Fragen und Interessen gewählte Abgeordnete, welcher allerdings die Bedürfnisse und die Praxis seines Vaterlandes kennt, auch die umfassende Kenntniß besitzt, um entscheiden zu können, ob eine gewisse Vorschrift *für alle andere deutsche Länder*, deren Zustände der Abgeordnete gar nicht kennt, passend ist. 3) Prüft man die Art, wie in der beabsichtigten Delegirten-Versammlung abgestimmt werden soll, so könnte Dieß entweder so geschehen, daß die Mitglieder nur über den mit den Anträgen des Ausschusses vorgelegten Entwurf en bloc abzustimmen haben, oder ob die Abstimmung über die einzelnen Artikel geschehen soll. Im ersten Falle ist die Abstimmung der Einzelnen eigentlich nur formell, wo einzelne Mitglieder dann gehindert sind, ihre besseren Anträge geltend zu machen; im zweiten Falle wird die Mehrheit, welche entscheidet, leicht eine solche sein, daß daran nicht das nöthige Vertrauen sich knüpft, daß ein den Interessen aller deutschen Staaten entsprechender Beschluß gefaßt wurde. Voraussichtlich werden die Mitglieder, welche als Gewählte eines großen Staates in die Versammlung treten, leicht einen überwiegenden Einfluß auf die Abstimmung haben, während sie gewiß nicht selten für die in ihrem Vaterlande geltende Gesetzgebung eine Vorliebe haben und bei der Abstimmung wirken werden, daß diese Vorschriften in das allgemeine Gesetz aufgenommen werden.

Unsere bisherigen Bemerkungen dürften zeigen, daß eine

durch die beabsichtigte Delegirten-Versammlung zu Stande gekommene deutsche Civilprozeß-Gesetzgebung schwerlich hoffen darf, eine dem allgemeinen Vertrauen und den Interessen aller deutschen Staaten entsprechende Gesetzgebung in das Leben zu rufen.

Die Aufgabe des gegenwärtigen Aufsatzes soll die sein, die einzelnen Beziehungen prüfend hervorzuheben, welche mit einer folgerichtigen Durchführung des Prinzips der Mündlichkeit im Zusammenhange stehen. Ehe wir dazu übergehen, halten wir es für zweckmäßig, 1) unseren Lesern Kenntniß zu geben von einer Versammlung von Juristen, welche über wichtige Fragen zur Civilprozeß-Gesetzgebung berathen haben. Wir meinen hier die Versammlung des Schweizerischen Juristenvereins in Zürich am 8. und 9. September. Juristen aus den meisten Kantonen der Schweiz nahmen daran Theil, um zu einer Verständigung über die beste Einrichtung des Civilprozesses zu gelangen. Der Fürsprech, König von Bern, trug hier eine der allgemeinen Aufmerksamkeit würdige Relation vor; eine eben so beachtungswürdige Corelation wurde von dem Ständerath Blumer aus Glarus vorgelegt [2]). Die Berathung der Versammlung bezog sich dießmal besonders auf zwei Gegenstände, nämlich auf die zweckmäßigste Behandlung der sogenannten Bagatellsachen und auf die Frage über den Vorzug der Mündlichkeit oder Schriftlichkeit des Verfahrens. In Ansehung des ersten Punktes wurde allseitig anerkannt, daß die zweckmäßigste Behandlung solcher Sachen innigst zusammenhänge mit der Gerichtsorganisation und diese wieder mit den socialen Zuständen und Verfassungseinrichtungen der einzelnen Kantone, so daß hier am wenigsten eine Uebereinstimmung für die Schweiz zu erzielen sein würde. Von Bedeutung ist, daß die tüchtigsten Juristen sich dafür aussprachen, daß auch bei der Verhandlung der Bagatellsachen Anwälte zugelassen werden müßten, deren Beiziehung nach der Erfahrung wohlthätig wirke. In Bezug auf die Frage über Mündlichkeit oder Schriftlichkeit des Verfahrens fand eine sehr lebhafte Berathung statt, bei der sich zeigte, daß die Ansichten der Juristen der verschiede-

2) Die Berichte der beiden Juristen werden in der von Professor Schnell in Basel redigirten Zeitschrift für schweizerisches Recht abgedruckt erscheinen.

nen Kantone sehr auseinander liefen. Der Referent Koch suchte, sich auf die Erfahrung seines Kantons Bern beziehend, nachzuweisen, daß die Schriftlichkeit, mindestens eine sichere schriftliche Grundlage, am zweckmäßigsten sei [3]), während andere ausgezeichnete Juristen, z. B. auch der gründliche Geschichtsforscher Blumer aus Glarus das Prinzip der Mündlichkeit vertheidigten. In einem beachtungswürdigen Vortrag entwickelte Cherbuliez (er war lange Professor in Genf und ist jetzt Professor in Zürich) die Trefflichkeit des Systems der Genfer Prozeßordnung, deren Wesen er darein setzte, daß die ganze Prozeßführung in einer Hauptverhandlung zusammengefaßt, beziehungsweise vergegenwärtigt wird. Ein Beschluß, durch welchen der Schriftlichkeit oder der Mündlichkeit der Vorzug gegeben wurde, kam nicht zu Stande.

2) Bei der Wichtigkeit, welche die französische Civilprozeß-Gesetzgebung auf die neuesten Berathungen über eine deutsche Civilprozeßordnung ausübt, indem der mit Recht sehr gerühmten hannöverischen Prozeßordnung vorzüglich die Genfer Gesetzgebung vorschwebte und diese auf einer Verbesserung des französischen Code beruht, dürfte es nicht ohne Werth sein, auf die Stimmen und Erfahrungen aufmerksam zu machen, die in neuester Zeit in Frankreich selbst laut geworden sind, um den Charakter der französischen Civilprozeß-Gesetzgebung zu bezeichnen und die Nothwendigkeit einer Revision des Gesetzbuchs darzuthun. Wir heben hier zuerst hervor eine sehr belehrende Berathung, welche am 10. April 1862 in einer Versammlung der Akademie der Gesetzgebung in Toulouse stattfand [4]). Die Veranlassung der Berathung gab ein Vortrag, der über eine Denkschrift (Ueber die Ursachen der zunehmenden Verminderung der Civilprozesse) des Präsidenten Crozes gehalten wurde. Merkwürdig ist hier vorzüglich die von dem erfahrenen Juristen gegebene Schilderung des französischen Civilprozeß-Gesetzbuchs. Es heißt: Man muß es anerkennen, daß das Gesetzbuch über den Civilprozeß unter

---

3) Im gleichen Sinne erklärten sich auch sehr viele Juristen, z. B. Rüttimann von Zürich, Pfyffer von Luzern.

4) Recueil de l'academie de legislation de Toulouse. 1862. Tom. XI., p. 200 ff.

allen unseren neuen Gesetzbüchern nicht Dasjenige ist, welches von der Weisheit und Einsicht unserer neuen Gesetzgebung am Meisten Zeugniß gibt. Bearbeitet von einem Juristen, welcher von einer großen Vorliebe für die Formen eingenommen war, welche im Chatelet von Paris in Uebung waren, gelangte das Gesetzbuch an den Staatsrath und an das Tribunat und wurde ohne Berathung von dem gesetzgebenden Körper wegen der Trockenheit der Lehren angenommen, die den Gegenstand ausmachten, und wofür die Mehrzahl der Mitglieder kein Verständniß hatte. Das Gesetzbuch wurde sogleich mit Ungunst von der öffentlichen Meinung angenommen, so daß es fortdauernd der Gegenstand der lebhaftesten Angriffe ist. Man stellt unser Gesetzbuch über die Rechtspflege als ein Werkzeug der Chikane dar, und indem man die Sache durch die Mißbräuche charakterisirt, ertragen die Personen der bürgerlichen Gesellschaft, unbekannt mit der Wissenschaft und den Bedürfnissen des Rechts, mit Ungeduld die langen und kostspieligen Formen, welche man durchlaufen muß, um Recht zu erhalten." Nachdem der Verfasser die harten, oft übertriebenen Angriffe gegen das französische Gesetzbuch weiter schildert, fährt er fort: „Man muß bedauern, daß die Vorwürfe durch die Vorschriften des Gesetzbuchs von 1806 gegründet sind, indem sie in völligem Widerspruch mit den Sitten der Neuzeit, mit den in der bürgerlichen Gesellschaft vorgekommenen Umgestaltungen und den Bedürfnissen der Neuzeit stehen. Die alten Traditionen, denen man folgte, standen im Einklang mit einer aristokratischen Gesellschaft, welche ohne Kenntnisse formalistisch nach ihrer Natur sich wenig kümmerte, um die Interessen des kleinen Eigenthums, dessen ins Unendliche gehende Theilung der Zweck zu sein scheint, welchen man für sie durch die modernen Institutionen zu erreichen beabsichtigt. Herr Croze, dessen Bemerkungen vielfach Beachtung verdienen, kömmt zu der Erklärung der Nothwendigkeit einer Revision des Civilprozeß-Gesetzbuchs.

Der Aufmerksamkeit Aller, die sich mit den Reformen der neuen Gesetzgebung beschäftigen, empfehlen wir dringend ein neues Werk des Herrn Lavielle, Mitglied des Cassationshofs [5]).

5) Etudes sur la procédure civile, nécessité de reviser le Code de 1806. par M. Lavielle. Paris 1862.

Der Verfasser, durch seine Stellung am besten in der Lage, Erfahrungen über die Mängel des französischen Gesetzbuchs zu sammeln, geht tiefer als Dieß in irgend einem neueren Werke geschehen ist, in die wichtigsten Lehren des französischen Civilprozeß-Gesetzbuchs mit Hinsicht auf die Rechtsübung ein, und zeigt überall mit einer praktischen Zergliederung der Einzelnheiten die Mängel des bestehenden Verfahrens, für deren Abhülfe er wichtige Vorschläge macht.

Für die Erkenntniß des Ganges und der Wirkungen der französischen Civilrechtspflege müssen vorzüglich die Ergebnisse der Statistik der Civilprozesse benützt werden. Wir haben in diesem Archiv von den Ergebnissen der Statistik bis 1858 Nachricht gegeben [6]). Von einer vorzüglichen Bedeutung ist nun in dieser Beziehung die neueste französische Statistik [7]), da sie die Ergebnisse der letzten 10 Jahre und zum Theil selbst die von 40 Jahren umfaßt. In Bezug auf die Rechtsprechung des Cassationshofs zeigt sich die schon in dem früheren Aufsatze bemerkte Erscheinung, daß die Zahl der Cassationsgesuche und das Verhältniß derselben zu den überhaupt gefällten Urtheilen gering und noch geringer die Zahl der Entscheidungen des Cassationshofs ist, wodurch die Cassation ausgesprochen ist. Die größte Mehrzahl der Cassationsgesuche ist gegen Urtheile der Appellationshöfe gerichtet. Man bemerkt übrigens, daß nur eine kleine Zahl von solchen Gesuchen gegen die Urtheile vorkömmt. Von 1851 bis 1860 kommen nur 99 Gesuche auf 1000 Urtheile, also 5 auf 100 [8]). Wie wenig Aussicht die Cassationskläger darauf haben, Vernichtung des angegriffenen Urtheiles zu erlangen, ergibt sich, wenn man bemerkt, daß schon von der chambre de requête, an welche das Cassationsgesuch in Ci-

---

6) Archiv, Band 43, S. 109.

7) Compte général de l'administration de la justice civile et commerciale en France l.'année 1860. Paris 1862.

8) Das Verhältniß ist nach den einzelnen Appellationshöfen sehr verschieden. Gegen Urtheile des Hofes von Rouen kommen 85 auf 1000, bei den Höfen von Orleans 76 auf 1000, während das Verhältniß bei den Urtheilen des Hofes vom Limoges 30, bei Grenoble 32 auf 1000 war.

vilsachen zuerst kommen muß, indem die chambre civile des Cassationshofs erst zu entscheiden hat, wenn die chambre de requête Cassation zuließ, daß von 1851 bis 1860 von den 5,402 Urtheilen, die durch Cassation angegriffen wurden, nur bei 1,966 (also 364 auf 1000) Cassation zugelassen wurde, während sie bei 3,436 Cassationsgesuchen (636 auf 1000) verworfen wurde. Die chambre civile hatte durchschnittlich in einem Jahre von 1841 bis 1850 über 251, von 1850 bis 1851 nur über 220 Cassationsgesuche zu urtheilen. Von 2,200 Urtheilen, über welche die chambre civile, nachdem die chambre de requête Cassation zugelassen hatte, noch zu urtheilen hatte, wurden von 1851 bis 1860 bei 1300 Cassation bei 900 die Verwerfung ausgesprochen.

In Bezug auf die Rechtsprechung der Appellationshöfe ergibt sich, daß sie von 1851 bis 1860 durchschnittlich jährlich über 11,013 Urtheile in Civilsachen und 3,969 Erkenntnisse in Handelssachen zu entscheiden hatten. In dem nämlichen Zeitraume kommen auf 1000 Urtheile der Gerichte erster Instanz 80 Berufungen in Handelssachen, 142 auf 1000 in Civilsachen. Auffallend ist, daß gegen die Urtheile, welche in Handelssachen die Civilgerichte fällten, weniger Appellationen vorkommen, als gegen die von den Handelsgerichten gefällten Urtheile, und überhaupt weniger Urtheile in Handelssachen in zweiter Instanz abgeändert wurden, als Urtheile der Civilgerichte. Es ergibt sich, daß von 1851 bis 1860 von 1000 Appellationen in 680 Bestätigungs- und 320 Abänderungsurtheile in zweiter Instanz ergingen. Sehr häufig tritt Abstand von den ergriffenen Appellationen ein. Bei den Gerichten erster Instanz ist von 1821 bis 1830 die Durchschnittszahl der jährlich abzuurtheilenden Sachen 123,921, von welchen 62,826 (also 505 von 1000) contradiktorisch, 29,272 durch Ungehorsamsurtheile und 32,123 durch Abstand erledigt wurden. Die Statistik liefert eine 40 Jahre umfassende Uebersicht. Wie wir schon in früherem Aufsatze bemerkten, war die Zahl der präparatorischen und interlokutorischen Urtheile sehr groß, von 1821 bis 1830 betrug die Zahl 42,531 (36 auf 100) und von 1851 bis 1860 31,684 (25 auf 100). Der Justizminister beklagt in seinem Berichte die Häufigkeit der er-

gangenen präparatorischen Urtheile, wodurch die Kosten vermehrt und die Prozesse verlängert werden. Sehr belehrend ist die Tabelle über die Beschaffenheit der ergangenen vorläufigen Urtheile; von 1851 bis 1860 wurden durchschnittlich jährlich in 260 Fällen, das deliberé sur rapport nur in 57 schriftliches Verfahren, und 1500 das persönliche Erscheinen der Parteien in 917 interrogatoires sur faits et articles angeordnet. Zeugenbeweis wurde in 1,393 summarischen, in 3,166 Fällen, Augenschein in 513, Beweis durch Sachverständige in 7,279, Verfahren über Aechtheit von Urkunden in 215 Fällen zugelassen. Ueber vorgebrachte gerichtsstandbelehnende Urtheile erkannte das Gericht in 600, über Litis denuntiationen in 244 Fällen. Auf Eide wurden erkannt, und zwar, wenn eine Partei der Anderen Eid zuschob in 468, und wo der Richter den Eid auflegte, in 230 Fällen. Rückstände kommen immer weniger vor. Von Prozessen, welche seit drei Monaten oder noch weniger auf der Rolle standen, waren 1860 am Ende des Jahres 487 von 1000, unentschieden von den seit 3 bis 6 Monaten auf der Rolle stehenden 176, von den seit 6 Monaten bis 1 Jahr auf der Rolle gesetzten 175, von den Prozessen die seit einem bis zwei Jahren auf der Rolle waren 103 nicht erledigt. Eine reiche Thätigkeit hatten die Präsidenten der Civilgerichte auf dem Wege der referés, durchschnittlich werden auf ein Jahr 213,481 vom Präsidenten erlassene ordonances gerechnet.

In Bezug auf die Thätigkeit der Friedensrichter erinnern wir an unsere früher gegebene Darstellung der Verrichtungen dieser Beamten[9]). Sogenannte Avertissements (von den französischen Praktikern sehr gerühmt) kommen von 1856 bis 1860 3,392,123 vor. Von den auf diese Art an diese Richter gebrachten Sachen zeigt sich, daß von 1000 Sachen von 1856 bis 1860 bei 770 ein Vergleich zu Stande kam, bei 230 er mißlang. In den Streitsachen, die ohne sie an das Gericht erster Instanz, an das Friedensgericht zum Sühneversuch gebracht werden mußten, gelang von 1851 bis 1860 in 19,435

9) Archiv, Band 43, S. 118.

ein Vergleich, in 25,822 war der Versuch vergeblich. Auffallend ist die große Abnahme der Streitsachen, in welchen Friedensrichter nach dem Gesetze des Richters zu entscheiden haben. Während von 1836 bis 1840 jährlich noch 636,486, von 1841 bis 1848 671,361 Sachen an den Friedensrichter kamen, gelangten von 1856 bis 1860 nur 431,270 dahin; die Erledigung der Prozesse bei diesen Gerichten ist rasch; nur zwei Sachen von 100 sind am Ende eines Jahres unerledigt. Von 47,0071 an diese Gerichte gelangten Sachen wurden von 1851 bis 1860 149,419 contradiktorisch erledigt, in 93,984 ergingen Ungehorsamsurtheile, in 10,0011 verglichen sich die Parteien und 66,651 wurden durch Abstand erledigt. In 174,211 Sachen urtheilten die Friedensrichter in erster und letzter Instanz; von 63,191 Urtheilen, gegen welche appellirt werden konnte, wurden 2,175 durch Berufung angegriffen; bei 63 von 100 erfolgte in zweiter Instanz Bestätigung; bei 37 trat Abänderung ein.

Als eine reichhaltige Quelle von Erfahrungen, und als ein Mittel, die Mängel französischer Gesetzgebung kennen zu lernen, sollte das Studium der Gesetzgebungen jener Länder nicht vernachlässigt werden, deren Civilprozeß-Gesetzgebung auf dem französischen Gesetzbuch beruht, welche aber im Laufe der Zeit durch besondere Gesetzgebungen, die durch Erfahrung nachgewiesenen Mängel und Lücken des französischen Gesetzbuchs verbesserten; dahin gehört in neuester Zeit die Gesetzgebung von Piemont, worüber wir in dieser Zeitschrift hinreichende Mittheilung geliefert haben; ferner die Gesetzgebung des Königreichs der Niederlande. Ganz vorzüglich verdient die letztere eine allgemeine Beachtung, um so mehr, als Holland eine große Zahl von sehr ausgezeichneten Juristen besitzt, welche mit Gründlichkeit den Sinn für Wissenschaft und ein in vielen anderen Staaten des Auslandes sehr selten vorkommendes Streben haben, mit den Fortschritten des Wissenschaft anderer Länder, namentlich auch Deutschlands, sich bekannt zu machen. Es ist auffallend, daß bei allen neueren Besprechungen über die Verbesserung der Civilprozeß-Gesetzgebung von der niederländischen Gesetzgebung gar nicht die Rede ist, während unsere Juristen sehr viel daraus hätten lernen kön-

nen. Im Jahre 1838 wurde nun eine neue Civilprozeßordnung in den Niederlanden verkündet [10]). Immer mehr aber machte sich in den Niederlanden die Ueberzeugung geltend, daß die Gesetzgebung von 1838 zu wenig energisch durchgegriffen und noch zu viel an die französische Gesetzgebung sich angeschlossen habe. Den Generalstaaten von 1855 auf 1856 wurde nun von dem Ministerium ein Gesetzesentwurf zur Abhilfe der Mängel vorgelegt. Die zur Begründung des Entwurfs von dem Minister vorgelegte Denkschrift verdient eben so wie der tief eingehende Bericht der Commission und die Beantwortung des Ministeriums allgemeine Beachtung. Die damaligen Gesetzesvorlagen sind leider nicht zur Berathung in den Generalstaaten gekommen. Daß eine Verbesserung dringend wünschenswerth ist, wird allgemein in den Niederlanden eingesehen. Bei den von uns in diesem Archive mitgetheilten Verhandlungen [11]) über die niederländische Gerichtsverfassung kamen manche wichtige Punkte zur Sprache und manche in dem Gesetze über Gerichtsverfassung aufgenommene Bestimmungen führen zur Verbesserung des Prozesses. Der Verfasser hat sich an einen der ausgezeichnetsten niederländischen Juristen, den Herrn Justizminister Godefroi, gewendet, um zu erfahren, welche Erfahrungen in Bezug auf die Mängel der niederländischen Prozeß-Gesetzgebung allgemein anerkannt sind. Es sei erlaubt seine Antwort mitzutheilen. Die allgemeinsten Klagen beziehen sich auf die zu große Kostbarkeit, die zu lange Dauer und zu große Verwickelung der Prozesse. Zu diesen Mängeln trägt noch die Erklärung des Herrn Ministers am Meisten bei: 1) daß wie in Frankreich der Avoué und der Avocat getrennt sind, 2) daß die Stellung des Richters eine zu passive ist, so daß er auf die nöthige und wünschenswerthe Beschleunigung der Prozesse nicht den nöthigen Einfluß ausüben kann, was

10) Herr Dr. Asser in Amsterdam hat eine Darstellung dieser Prozeßordnung in der Zeitschrift für ausländische Rechtswissenschaft, Bd. 11, S. 135, geliefert.

11) S. in diesem Archiv, Bd. 43, S. 390, Bd. 44, S. 67, Band 45, S. 233.

am nachtheiligsten wirkt bei den Vertagungen. Da es der Willkühr der Parteien oder vielmehr ihrer Advokaten überlassen ist, die gerichtlichen Anträge und Vorträge zu verschieben, und nur die Opposition der Gegenpartei es verhindern kann, so zeigt sich zu oft nach der Erfahrung der Nachtheil, daß ein Advokat Nachsicht gegen den Anderen übt, damit er bei der nächsten Gelegenheit von dem Gegenanwalt die nämliche Gunst genießt, 3) als ein anderer Mangel wird gerügt, daß es zwei Prozeßarten gibt, die summarische und die ordentliche, wo die Art der Unterscheidung der Rechtssachen in solche, die Beschleunigung fordern, und solche die sie nicht verlangen, 4) gerügt wird, daß die verschiedenen Termine auf eine zu lange Zeit gestellt sind, 5) man bemerkt, daß das Gesetz zu absolut ist, in Bezug auf abgesondertes Vorbringen der Prozeßeinreden.

Wir wenden uns nun zur Darstellung der neuesten Leistungen im Gebiete der Civilprozeß-Gesetzgebung. 1) Der von uns in diesem Archive mitgetheilte und von den Landständen berathene [12]) Entwurf für das Herzogthum Meiningen ist in neuester Zeit als Gesetz vom 16. Juli 1862 (bestehend aus 231 §§.) von dem Herzog verkündigt worden. 2) Der Entwurf der Civilprozeß-Gesetzgebung für Hamburg, bestehend aus 137 §§.; ein anderer Entwurf regelt die Gerichtsverfassung, in einem andern soll das Verhältniß der Verwaltung zur Rechtspflege geordnet werden; der Entwurf über die Gerichtsverfassung bestimmt, daß in Civilsachen ein Obergericht, ein Civilgericht, Bezirksrichter, ein Handelsgericht, Friedensgerichte und ein Executions-Bureau bestellt werde. Das Civilgericht wird aus Mitgliedern des Niedergerichts gebildet. Zur Abgabe einer Entscheidung gehört die Gegenwart von fünf Mitgliedern, unter welchen in der Regel zwei Rechtsgelehrte sein müssen, §. 42. Das Civilgericht entscheidet in erster Instanz über alle Civilstreitigkeiten, in zweiter Instanz über Entscheidungen der Bezirksrichter, wenn die Hauptsumme den Belauf oder Werth von 60 Courant übersteigt. Wird das angefochtene Urtheil nicht bestätigt, so ist an das Obergericht Appellation zulässig, §. 45. Ueber Rechtser-

12) S. über die Verhandlungen, Archiv Bd. 45, S. 207.

kenntnisse gegen das Civilgericht entscheidet das Obergericht, §. 78. Das Amt der Bezirksrichter wird von rechtsgelehrten Mitgliedern des Niedergerichts als Einzelnrichter verwaltet, §. 46. Die Competenz der Bezirksrichter ist beschränkt [13]). Das Handelsgericht bleibt in seiner jetzigen Verfassung. Für das Landgebiet bestehen Friedensrichter, deren Amt unentgeldlich ist, Sachführer werden hier nicht zugelassen. Zur Abgabe eines Urtheils müssen drei Friedensrichter anwesend sein. Ueber Civilstreitigkeiten, die im Bezirk vorkommen, entscheidet das Friedensgericht in erster und letzter Instanz, wenn die Hauptsumme der Klage 30 Courant nicht übersteigt, oder die Parteien in Urkunden dem Friedensgericht sich unterworfen haben oder demselben ihre Unterwerfung erklären. Bei anderen Streitigkeiten zwischen den Bewohnern des Bezirks ist das Friedensgericht nur befugt, die Parteien auf Anhalten der einen von ihnen zum Vergleichversuch vorzuladen, §. 57. Die Execution richterlicher Erkenntnisse geschieht durch das Executionsbureau, welches aus der erforderlichen Anzahl von den von dem Senat gewählten Pfändungsbeamten besteht. — Der Entwurf der Civilprozeßordnung für Hamburg verdient eine vorzügliche Beachtung, weil bei dessen Bearbeitung die reichen Erfahrungen vorschwebten, welche bei dem seit vielen Jahren so erfolgreich wirkenden Handelsgericht in Bezug auf die zweckmäßigste Art des Prinzips der Mündlichkeit durchzuführen benützt werden konnten, und weil Hamburg so viele ausgezeichnete Juristen besitzt, welche bei dem Handelsgericht Erfahrungen sammeln konnten und auf die Bearbeitung des Entwurfs Einfluß übten. Wir wollen die wichtigsten, der allgemeinen Beachtung würdigen Bestimmungen des Entwurfs hervorheben. Nach §. 2 ist die Oeffentlichkeit der Sitzungen ausgesprochen, insofern nicht im Interesse der Sittlichkeit eine Ausnahme geboten wird. Mündliche Verhandlung ist vorgeschrieben, §. 3; nur ausnahmsweise kann das Gericht ein schriftliches Verfahren anordnen nach §. 38, welcher bestimmt: Ergibt

13) Er kann entscheiden nach §. 48 über Sachen, in denen die Hauptsumme 500 Courant beträgt und über dienstlose Sachen und Einklagen von Miethgeldern, über Zinsen von hypothekarischen Forderungen.

sich nach Beibringung der schriftlichen Grundlagen, daß die Sache zur mündlichen Verhandlung nicht geeignet ist, so kann das Gericht ausnahmsweise, namentlich bei verwickelten Rechnungsstreitigkeiten, auf übereinstimmenden Antrag beider Parteien gestatten, daß die mündliche Verhandlung für einen bestimmten Abschnitt des Rechtsstreites nicht stattfinde. In diesem Falle wird die Sache, nachdem noch eine schriftliche Duplik beigebracht worden, zum Spruch genommen; jedoch bleibt es dem Gericht unbenommen, dennoch die mündliche Verhandlung nachträglich anzuordnen, falls es dieselbe für erforderlich erachtete. — Die Ladung vor Gericht erfolgt durch einen Gerichtsboten auf Anhalten der Partei, ohne daß es zur Ausbringung der Ladung einer gerichtlichen Erlaubniß bedarf. (Die Fristen sind genau §. 5 — 11 angegeben.) Gleichzeitig mit Aufgabe der Ladung ist ein für das Gericht bestimmtes Exemplar des Antrags mit den Originalanlagen dem Gerichtsboten einzuhändigen, §. 17. Von allen zu den Gerichtsakten gebrachten Aktenstücken ist gleichzeitig mit der Einlieferung der Gegenpartei Abschrift zuzustellen. Die Parteien haben sich in Betreff der von der Gegenpartei behaupteten Thatsachen und vorgelegten Schriftstücke bestimmt zu erklären, ob sie dieselben bestreiten wollen. Nicht bestrittene Thatsachen gelten als zugestanden. In soweit sich eine Partei über einen Punkt die Erklärung vorbehalten hat oder diese Absicht aus den Umständen erhellt, kömmt die Bestimmung erst zur Anwendung, wenn die Partei der gerichtlichen Auflage, die rückständige Erklärung abzugeben, nicht Folge leistet. Diese Auflage ist nach Umständen auf sofortige Erklärung oder auf Erklärung in einer späteren Sitzung zu richten, §. 25. Erscheint der Beklagte auf die erste ausgebrachte Ladung nicht, so wird auf Antrag des Klägers vom Gericht eine zweite Ladung unter Androhung verstattet, daß bei abermaligem Ausbleiben der Beklagte seiner Einreden verlustig und der Klagegrund für eingeräumt erklärt werde, welche Drohung dann wahr gemacht wird, wenn der Beklagte auf die zweite Ladung nicht erscheint, §. 30. Von der Einlassung auf die Klage befreien nur die Einreden der Unzuständigkeit des Gerichts und der dunklen Klage, §. 32. Die Verhandlung der Sache findet bei Erscheinen des Beklagten statt, wenn

nicht das Gericht auf Antrag der Parteien oder von Amtswegen die Aussetzung auf eine spätere Sitzung verfügt; jede Partei hat zweimal das Wort. Der Kläger ist berechtigt, nachdem der Beklagte seine Einwendungen gegen die Klage vorgebracht hat, die Beantwortung derselben für eine spätere Sitzung sich vorzubehalten. Wenn der Kläger das Vorbringen des Beklagten sofort beantwortet, so ist die Aussetzung der weiteren Verhandlung auf eine spätere Sitzung nur aus erheblichen im Ermessen des Gerichts stehenden Gründen zulässig. Die Partei, auf deren Antrag eine spätere Sitzung anberaumt wurde, muß der Gegenpartei wenigstens zwei Tage vor der Sitzung eine schriftliche Grundlage des vorbehaltenen Vortrags durch den Gerichtsboten insinuiren lassen, §. 33. Unter dem Titel „Vorbereitung der Verhandlung durch schriftliche Grundlagen" bestimmt §. 34, daß in nicht eiligen Sachen das Gericht, ehe die Sache zur mündlichen Verhandlung gelangt, die Beibringung von schriftlichen Grundlagen auf Antrag einer Partei oder von Amtswegen verfügen kann, falls es dieß für die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung für erforderlich hält. Der Beklagte hat dann die schriftliche Grundlage seiner Einreden dem Kläger binnen 14 Tagen und der Letztere dem Beklagten die schriftliche Grundlage der Replik binnen 8 Tagen durch Gerichtsboten insinuiren zu lassen. Das Gericht kann die Beibringung schriftlicher Grundlagen auch beim Beginn der Verhandlung unter Anberaumung eines späteren Termins vertagen. Nach §. 35 haben die schriftlichen Grundlagen nur den Zweck, die Parteien von den thatsächlichen Behauptungen, die dem Rechtsstreit zum Grunde liegen, sowie von den zu producirenden Documenten und von den zu stellenden Anträgen in Kenntniß zu setzen. Rechtsausführungen sind nicht zulässig. Von den zur schriftlichen Grundlage gehörigen Schriften muß der Gerichtsbote auch eine Ausfertigung für die Gerichtsakten besorgen. Die Zustellung der schriftlichen Grundlagen kann auch bei gegenseitiger Einwilligung durch die Anwälte ohne Vermittelung der Gerichtsboten geschehen. Wenn die Insinuation der schriftlichen Grundlage nicht rechtzeitig geschah, so kann die Gegenpartei entweder die säumige Partei zur Beibringung bei Strafe oder zur Verhandlung der Sache für

den Fall der Nichtbeibringung in die nächste Sitzung vorladen lassen. Die mündliche Verhandlung dient §. 37 in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung als Grundlage für die richterliche Entscheidung auch in Ansehung der Puukte, in welchen sie von den schriftlichen Grundlagen abweicht. Etwaige Abweichungen werden auf Antrag der Parteien in dem Sitzungsprotokoll besonders hervorgehoben. Wenn nach Beibringung der schriftlichen Grundlagen sich ergibt, daß die Sache zur mündlichen Verhandlung nicht geeignet ist, so kann das Gericht ausnahmsweise auf übereinstimmenden Antrag beider Parteien gestatten, daß die mündliche Verhandlung für einen bestimmten Abschnitt des Rechtsstreites nicht stattfindet, in welchem Falle nach beigebrachter Duplik die Sache zum Spruche genommen wird, jedoch so, daß das Gericht nachträglich noch die erforderliche mündliche Verhandlung anordnen kann. §. 39 bezeichnet genau, was das Protokoll der Sitzung enthalten muß [14]). §. 40 bestimmt, wenn die Kosten der Verzögerung eines Rechtsstreites der Partei zur Last fallen, insofern sie die Schuld der Verzögerung trägt [15]). Nach §. 45 ist das Gericht in jeder Lage des Prozesses befugt, unter Androhung der Rechtsnachtheile von Amtswegen: 1) den Parteien Erklärungen, welche zur Erläuterung oder Ergänzung des Vorgetragenen erforderlich sind, sowie die Beibringung der zu gleichem Zwecke erforderlichen, im Bericht der Parteien befindlichen Documente aufzuerlegen; 2) die Partei, welche ein Document in Abschrift oder im Auszuge beigebracht hat, zur Vorlegung des Originals, sofern sich dasselbe in ihrem Besitze befindet, anzuhalten; 3) die Beibringung von Stammtafeln, Situationsplänen, Rissen, Vorlegung von Waarenproben, oder sonsti-

14) In das Protokoll sind aufzunehmen: die Anträge und die thatsächlichen Angaben der Parteien, soweit sie nicht schon aus den Gerichtsakten hervorgehen, vollständig aber kurz; ihre rechtliche Begründung wird nur erwähnt, soweit es zum Verständniß erforderlich ist. Die Bezugnahme auf die zu den Akten gebrachten schriftlichen Grundlagen ist zulässig. Erfolgt in der mündlichen Verhandlung eine Berichtigung oder Vervollständigung, so ist dieß in dem Protokoll zu bemerken.

15) Die §§. 41 — 43 enthalten sehr zweckmäßige Bestimmungen der Behandlung der Gegenansprüche des Beklagten und der Widerklage.

gen auf das Rechtsverhältniß bezüglichen Gegenständen anzuordnen; 4) persönliche Vernehmung der Parteien oder einer derselben durch das Gericht oder einen Commissär zu verfügen; 5) unter Zuziehung der Parteien Augenschein an Ort und Stelle einzunehmen oder durch einen Commissär einnehmen zu lassen; 6) die Verhandlung vorläufig auf einzelne Theile der Streitfragen zu beschränken. Erscheinung der Parteien zum Versuch der Güte kann unter Androhung einer Geldstrafe in jeder Lage des Prozesses angeordnet werden, §. 46. Nach geschlossener Verhandlung wird das Erkenntniß vom Gericht sofort oder in einer nächsten Sitzung publicirt. Provisorische Vollstreckung kann verfügt werden. Nach §. 51 ist das Gericht befugt, von Amtswegen Sachverständige mit der Begutachtung thatsächlicher Verhältnisse zu beauftragen, ohne dadurch der Entscheidung über die rechtliche Erheblichkeit des zu begutachtenden Thatbestandes vorzugreifen. Wird auf Beweis erkannt, so ist die Beweisfrist im Erkenntnisse zu bestimmen. Wird die beweispflichtige Partei von der Gegenpartei durch Ladung zur Beweisantretung aufgefordert, so hat sie die Aufgabe der Beweismittel und die Niederlegung der Urkunden in der Gerichtssitzung, zu welcher vorgeladen worden, zu bewerkstelligen, §. 53. Wir heben noch von den weiteren, später zu benützenden Vorschriften des Hamburgischen Entwurfs einige besonders merkwürdige hervor. In Bezug auf den Zeugenbeweis §. 57 — 59 ist bestimmt, daß die Zeugen von einem Gerichtscommissär zu Protokoll genommen werden, sofern nicht das Gericht aus besonderen Gründen die Vernehmung der Zeugen in der Gerichtssitzung anordnet. Der Beweisführer hat die Ladung der Zeugen in der angeordneten Frist zu beschaffen und die Zeugen im Termine vorzustellen. Nach Vernehmung der Zeugen durch den Commissär ist auch den Parteien das Recht gegeben, bestimmte Fragen an die Zeugen zu richten; die Fragen gelangen aber an die Zeugen nur durch den Commissär, der über die Zulässigkeit zu entscheiden hat. Das Gericht ist befugt, von Amtswegen oder auf Antrag einer Partei eine nochmalige Vernehmung abgehörter Zeugen anzuordnen, auch die Zeugen einander gegenüber zu stellen. Nach §. 65 hat das Gericht nach vollendeter Beweisausführung und Beweisanfechtung und Erwä-

gung aller vorkommenden Umstände nach seiner freien Ueberzeugung über das Ergebniß der Beweisführung zu entscheiden, oder seine Entscheidung von der Ab-Leistung eines einer Partei aufzulegenden Eides abhängig zu machen. Die sehr zweckmäßigen Vorschriften über das Verfahren vor den Bezirksrichtern §. 125 — 137 sollen im Verfolg dieses Aufsatzes besprochen werden.

Der neueste Entwurf einer Civilprozeßordnung ist der badische. Hier tritt die Eigenthümlichkeit ein, daß bereits in der 1831 eingeführten Prozeßordnung ein Verfahren von Kollegialgerichten mit Oeffentlichkeit und Mündlichkeit vorkömmt, freilich mit einer sehr ausgedehnten Schriftlichkeit. Es ist zu bedauern, daß über die Entstehungsgeschichte der badischen Prozeßordnung und den Gang der Verhandlungen in der Gesetzcommission wenig bekannt ist, da keine Protokolle über die Sitzung der Commission gehalten wurden. Bekanntlich ist der ganze Entwurf in den einzelnen Vorschriften nicht Gegenstand der Berathung der Kammern, denen er 1831 vorgelegt war, geworden, da in der zweiten Kammer nur über ein paar Titel (Vollstreckungsverfahren) ein Commissionsbericht erstattet und berathen wurde, während die weitere Berathung des Entwurfs in den Kammern durch den zum Beschluß erhobenen Antrag gehindert wurde, daß man provisorisch auf Treu und Glauben und im Vertrauen auf die Gesetzcommission den Entwurf als Gesetzbuch ohne weitere Berathung annehmen sollte. Dem Verfasser dieses Aufsatzes, dem einzigen Mitgliede der Commission, während alle übrigen gestorben sind, sei es vergönnt, einige für die Beurtheilung des Entwurfs nicht unwichtige Mittheilungen zu machen. Der Gesetzcommission war durch die aus dem Kabinet 1827 ergangene Instruktion für ihre Thätigkeit die Vorschrift gegeben, einen Entwurf der Prozeßordnung, gebaut auf die jetzige Gerichtsverfassung und die Grundlagen des bestehenden Rechtes zu bearbeiten. Mehrere Mitglieder der Commission hielten es aber für Pflicht, dem Ministerium zu erklären, daß es dringend nothwendig sei, einen neuen Entwurf auf eine Gerichtsverfassung, in welcher Kollegialgerichte in erster Instanz entscheiden, und auf die Grundlagen der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit zu bauen. In diesem Sinne

wurde auch ein Bericht erstattet. Eine dem Antrag zustimmende Entscheidung des Ministeriums erfolgte zwar nie. Mündliche Zusicherungen der Minister aber ließen hoffen, daß die Regierung zur Anerkennung der den Forderungen der Zeit entsprechenden Gerichtsverfassung und der Grundlage der Prozeßordnung sich entschließen werde, und so bearbeitete die Commission das Verfahren bei den Kollegialgerichten in der Hoffnung, daß dies das regelmäßige Verfahren bei den einzuführenden kollegialisch besetzten Gerichten erster Instanz werden würde. Bei der Berathung dieses Titels standen sich aber in der Commission mehrere Ansichten gegenüber. Mehrere Mitglieder verlangten, daß man das durch die Genfer Prozeßordnung eingeführte Verfahren zum Vorbilde nehme, während Andere geltend machten, daß die Entscheidung auf den Grund mündlicher Vorträge ungründlich werden würde, daß ein schriftliches Vorverfahren nothwendig werde, und weil man die französische Verhandlung zwischen Anwälten nicht wollte, die Schriften im Vorverfahren bei Gericht einzureichen wären, welches sie prüfen und zur Erlangung der Gründlichkeit ein Gerichtsmitglied als Respizienten aufstellen würde. Diese letzte Ansicht gewann die Mehrheit der Stimmen, da man Gründe hatte, anzunehmen, daß die Regierung dem ersten Vorschlag nicht zustimmen würde. Den Kammern wurde 1831 ein Gesetzesentwurf vorgelegt, nach welchem in erster Instanz Kollegialgerichte über Civilstreitigkeiten entscheiden und über diese Gerichte Einzelnrichter mit beschränkter Competenz bestellt werden sollten. Die zweite Kammer kam nicht zur Berathung des Entwurfs, so daß jetzt die alte Gerichtsverfassung fortbestand und das von der Gesetz-Commission als ausnahmsweises Verfahren vorausgesetzte Verfahren vor Einzelnrichtern zur Regel der Verhandlung der Civilstreitigkeiten in erster Instanz und das Verfahren nach Titel 42 zur seltenen Ausnahmsweise wurde. Im Jahr 1851 wurde die Prozeßordnung revidirt, wobei eine Mißstimmung gegen Advokaten (wir erinnern an §. 168, 169) und eine Begünstigung amtlicher Thätigkeit bemerkbar wurde. Als in Deutschland, vorzüglich nachdem das mündliche Verfahren vor dem urtheilenden Richter im Strafverfahren sich als wohlthätig bewährt hatte, die Ueberzeugung siegte, daß

man eine mehr der französischen nachgebildete Gerichtsverfassung und als Grundlage des Civilprozesses ein öffentliches Verfahren durch mündliche Vorträge vor dem Gerichte dringend fordere, so legte auch das badische Ministerium einen Gesetzesentwurf über Gerichtsverfassung vor, der bereits von den Kammern angenommen wurde [16]). Die Vorlage einer damit in Zusammenhang stehenden Civilprozeßordnung wurde nun Bedürfniß. Da aber bereits eine Prozeßordnung bestand, so glaubte das Justizministerium, daß es genüge, wenn nur ein auf Ergänzung und Abänderung der Prozeßordnung berechneter Entwurf vorgelegt würde. In diesem Sinne wurde auch der eine Entwurf bearbeitet, so daß auch die Ordnung der bisherigen Prozeßordnung beibehalten wurde [17]). Es kam darauf an, in dem Entwurfe die Competenz-Verhältnisse der Gerichte nach den Bedürfnissen der neuen Gerichtsverfassung zu regeln, das Verfahren vor Kollegialgerichten, wie die Motive erklären, dem Begriffe der Mündlichkeit näher zu bringen, als es in der Prozeßordnung geschehen ist, bei dem Contumazialsysteme das 1851 aus der Prozeßordnung verbannte französische Einspruch zulassende Versäumungserkenntniß nicht wieder aufzunehmen [18]) und dafür eine zweite Ladung zu gestatten; ferner sollte eine freie Würdigung des Ergebnisses des Beweisverfahrens ausgesprochen, bei dem bedingten Mandatsverfahren das Liquid-Erkenntniß aufgehoben, und das bisher zulässige System der Rechtsmittel geordnet, aber die Oberappellation einstweilen beibehalten werden. Wir wollen hier zunächst die Vorschriften des Entwurfs über das Verfahren bei

---

16) Darüber oben dies Archiv, Band 45, S. 227.

17) Wir werden auf Bedenklichkeiten wegen dieses Punktes unten zurückkommen.

18) Es würde passend gewesen sein, wenn auch die für das französische und hannov. System im Archiv für die Rechtspflege und Gesetzgebung in Baden von Dutlinger, Bd. 1, S. 671, angeführten Gründe, sowie die dem französischen und hannoverischen Gesetze günstigen Erfahrungen (Leonhardt: das Civilprozeßverfahren des Königreichs Hannover S. 137, wo alle Gerichtsvorstände bis auf zwei für das Prinzip sich erklärten) in den Motiven beachtet worden wären. Auch Arnold in seiner Schrift: Die Umgestaltung des Civilprozesses in Deutschland S. 88 erklärt sich für französisches System.

Kollegialgerichten hervorheben, da diese Vorschriften das Verhältniß der Mündlichkeit zur Schriftlichkeit betreffen, und daher ein allgemeines Interesse haben. Der Entwurf beginnt mit XVII. und mit der allgemeinen Vorschrift, daß für das Verfahren bei den Kollegialgerichten dieselben Vorschriften gelten, welche für das Verfahren bei den Amtsgerichten vorgeschrieben sind, soweit der folgende §. 5 nichts Anderes bestimme. Nach §. 2 können zwar die Parteien in der mündlichen Verhandlung die Sache selbst vortragen, müssen aber von einem Anwalte begleitet sein und diesem den Vortrag überlassen, wenn es das Gericht anordnet. Die Klage muß schriftlich eingereicht werden. Die nach deren Mittheilung zugelassenen schriftlichen Vorträge gelten, soweit nicht schriftliches Verfahren angeordnet ist (21) nur als vorbereitende Schriftstücke für das mündliche Verfahren. Die schriftlichen Parteivorträge sind auf den thatsächlichen Stoff mit der für die Schlußfolgerung nöthigen kurzen Hinweisung auf die Gesetze zu beschränken. Die Oeffentlichkeit leidet eine Ausnahme in drei Fällen [19]). Soweit richterliche Verfügungen auf schriftliche Parteienvorträge zu erlassen sind, müssen sie den Parteien (beziehungsweise ihren Anwälten) binnen 10 Tagen zugestellt werden (6). Ist die Klage gehörig beschaffen, so wird Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung anberaumt, dies dem Beklagten mit Mittheilung der Doppelschrift der Klage und mit der Auflage eröffnet, daß er, wenn er den Klageanspruch bestreiten will, er unverweilt einen Anwalt zu ernennen habe. Die Zeit zwischen Vorladung und der Tagfahrt muß mindestens eine Woche betragen (7). In der ersten Hälfte dieser Zeit hat der Anwalt seine Vernehmlassung dem Anwalt des Klägers mitzutheilen und eine Ausfertigung dem Gericht vorzulegen. Enthält die Antwort des Beklagten Einreden, die, der Einlassung oder Replik bedürfen, oder

19) Nämlich 1) auf Begehren beider Parteien oder ihrer besonders dazu bevollmächtigten Anwälte; 2) auf Begehren einer Partei in Streitigkeiten zwischen Ehegatten und Verwandten in absteigender Linie; 3) auf gerichtliche Anordnung, sofern aus der Oeffentlichkeit der Verhandlung Aergerniß oder Verletzung der sittlichen Schicklichkeit zu besorgen ist. Wir erinnern in Bezug auf Beschränkung der Oeffentlichkeit an das in diesem Archive, Band 45, S. 209 Vorgetragene.

eine Widerklage, so hat der Kläger binnen 3 Tagen vor der Sitzung seine Antwort abzugeben (8). Das Gericht kann (9) auf Antrag beider Anwälte oder wenn einer derselben aus erheblichen Gründen nicht im Stande sein sollte, die vorbereitenden Schriften bis zur anberaumten Tagfahrt abzugeben, diese vorlegen. Nach §. 10 steht es auch frei, von der in §. 222 gegebenen Befugniß [20]) Gebrauch zu machen und das Ergebniß ihrer Verhandlung dem Gerichte 3 Tagen vor der anberaumten Tagfahrt zu übergeben. Hat einer oder der andere Anwalt den ihm nach §. 8 obliegenden Vortrag vor der Tagfahrt nicht abgegeben oder ist das vorbereitende Verfahren unvollständig, so muß das Fehlende in der Sitzung nachgebracht werden. In der Tagfahrt kann auch bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung noch das Vorbringen von Einreden, Thatsachen und Beweisen, welche in den übergebenen Schriften nicht enthalten sind, gestattet werden. Klageänderungen bleiben unberücksichtigt, wenn der Beklagte die Einlassung darauf verweigert (11). Wenn das nächträgliche Vorbringen eine Verzögerung des Verfahrens bereitet, so muß die Schuld tragende Partei die Kosten tragen (12). Bei der Urtheilsfällung bleiben die zwar im Vorverfahren aber nicht in der mündlichen Verhandlung geltend gemachten Angriffs- und Vertheidigungsmittel unberücksichtigt, ausgenommen, wenn sie Punkte betreffen, welche der Richter von Amtswegen zu prüfen hat (14). Der Vorsitzende eröffnet die mündliche Verhandlung mit kurzer Darstellung der äußeren Lage des Rechtsstreites und leitet sie auf Grund der übergebenen vorbereitenden Schriftstücke. Er hat für eine vollständige und leidenschaftslose Erörterung der Sache zu sorgen, von dem Fragerecht Gebrauch zu machen. Er kann die einzelnen Streitpunkte (Klagen, Einreden) gesondert nach einander verhandeln lassen. Wenn er die Sache für hinlänglich erörtert erachtet, so schließt er die Verhandlung, und faßt, wo es ihm zweckmäßig erscheint, das Ergebniß der Verhandlungen in kurzer Erörterung des

20) Nach §. 222 der Prozeßordnung können die Parteien ihr gegenseitiges Vorbringen in gesonderten Schriften oder in einer außergerichtlichen Verhandlung dem Gerichte zur Entscheidung vorlegen.

Vorgetragenen zusammen, vorbehaltlich des Rechts der Anwälte, Erinnerung gegen die Auffassung ihrer Vorträge zu machen. Jedes Mitglied des Gerichts kann von den Anwälten der Parteien thatsächliche Aufklärungen verlangen und im Auftrage des Vorsitzenden ein Resumé vortragen (15). Nach §. 17 soll in das Sitzungs-Protokoll aufgenommen werden, was durch die mündliche Verhandlung in thatsächlicher Beziehung festgestellt und in den vorbereitenden Schriften nicht schon enthalten ist; eben so ist es im Protokoll zu erwähnen, wenn in thatsächlicher Hinsicht nichts Neues, oder wenn von einer Partei schriftlich vorgebrachte Angriffs- und Vertheidigungsmittel nicht weiter geltend gemacht werden. Jeder Anwalt kann (18) das in seinem mündlichen Vortrage vorgebrachte Neue zugleich in schriftlicher Aufzeichnung übergeben, damit es hiernach in das Protokoll oder statt dessen die Aussprechung selbst zu den Akten genommen wird. Das Protokoll enthält die Benennung der anwesenden Richter, Parteien und ihrer Anwälte, die Bezeichnung der in der Sitzung übergebenen Schriftstücke und Beschlüsse des Gerichts. Der Vorsitzende kann anordnen, daß die Genehmigung und Unterzeichnung des Protokolls von Seiten der Anwälte nach der Sitzung unter Leitung eines Gerichtsmitgliedes geschehen soll. Nach geschlossener mündlicher Verhandlung hat das Gericht in geheimer Berathung den Beschluß oder das Urtheil zu fassen, und nebst Entscheidungsgründen sofort, oder wenn dies nicht möglich ist, in einer sogleich zu bestimmenden späteren Sitzung zu verkünden (20). In Handelssachen, sowie in Rechtsstreitigkeiten, welche sich nach dem Gesetze zum abgekürzten Verfahren eignen, oder aus anderen Gründen als dringlich erscheinen, soll, in der Regel, das schriftliche Vorverfahren umgangen und die Tagfahrt mit kurzer Zwischenzeit festgesetzt werden. Es ist dem Gerichte auch anheimgegeben, in besonders verwickelten Rechtsstreitigkeiten von Amtswegen oder auf Antrag einer Partei für den ganzen Prozeß oder für einzelne Abschnitte das schriftliche Verfahren zuzulassen und am Schlusse die mündliche Verhandlung und Tagfahrt anzuordnen (34). — Der badische Entwurf ist Gegenstand einer Berathung des von dem Ministerium zu einem Gutachten aufgeforderten Anwaltvereins geworden. Nach den Anträgen des

von dem Vereine gewählten Ausschusses bemerkte man, daß sehr häufig zwei Ansichten sich gegenüber standen, daher Mehrheits- und Minderheitsanträge vorkommen, und daß bei der Berathung und Abstimmung sämmtlicher Anwälte in der am 1. November in Baden gehaltenen Versammlung viele Anträge der Minderheit zu Beschlüssen der Mehrheit erhoben wurden [21]). Der Verein hat seine Berathung auch auf manche nach dem Entwurf beibehaltenen Bestimmungen ausgedehnt, insbesondere schon zu §. 1, der den Umfang der richterlichen Entscheidungen offenbar zu sehr beschränkt, und wo die Beschränkung der sogenannten Administrativjustiz sehr wünschenswerth war, daher der Verein den Zusatz vorschlug: in allen Fällen, in welchen Rechte und Verbindlichkeiten in Frage stehen, die ihrer Natur nach in das Gebiet des öffentlichen Rechtes gehören, soll nichts desto weniger die richterliche Entscheidung eintreten, wenn die letztere von der Beurtheilung eines Privatrechtstitels abhängig ist. Auch war der Antrag gestellt worden, einen Zusatz aufzunehmen, nach welchem §. 10 des Einführungsgesetzes des Strafgesetzbuches von 1851 aufgehoben wird [22]). Einstimmig wurde auch der Antrag gestellt, daß insofern die Verwaltungsjustiz beibehalten würde, das Verfahren in Competenzconflicten mit Einführung der neuen Gerichtsverfassung geregelt werden soll. Mit gutem Grund wurde der Antrag gestellt, daß statt der bisher (einer Art Herabwürdigung) für die an den Sitzen der Untergerichte befindlichen Anwälte im Gegensatze der bei den Hofgerichten bestellten Advokaten üblichen Bezeichnung (Schriftenverfasser) auch in der

21) Man muß bedauern, daß über die Berathungen des Vereins kein vollständiges dem Inhalt der Abstimmung darstellenden Protokolls veröffentlicht wurde. Wir können uns nur an die in der Badischen Landeszeitung Nr. 255 freilich sehr kurze Mittheilung halten.

22) In jenem §. 10 war die allgemein jetzt als ungerechte Beschränkung der Rechtsverfolgung anerkannte, wo die napoleonische Gesetzgebung entlehnte, in Belgien schon 1831 und 1848, in Deutschland allgemein als ungeeignete Bestimmung aufgenommen, daß wegen eines Amtsvergehens gegen einen Staatsbeamten einzuleitende Verfolgung oder bürgerliche Klage nur zulässig sein soll, wenn das Staatsministerium die Genehmigung hierher ertheilt. In der Preußischen Zweiten Kammer wurde schon die Aufhebung solcher Beschränkungen beantragt.

Prozeßordnung und im Gesetze der Ausdruck Anwalt gebraucht werde. Eine gegründete Rüge wurde zum Art. XVII. im Zusammenhang mit Art. 202 erhoben, gegen die darin ausgesprochene Befugniß des Gerichts auf bloße eingereichte Klage die Ladung zu versagen, wenn der Richter findet, daß die Klage unbezweifelt nicht in den Rechten begründet ist. Die Minderheit des Ausschusses hatte auf Weglassung dieser Bestimmung angetragen, und die Mehrheit des Vereins nahm den Antrag an, gewiß mit Recht, weil schon nach besseren wissenschaftlichen Forschungen [23]) in gemeinem Rechte diese Abweisungen der Klage, ohne den Beklagten gehört zu haben, nicht zu billigen sind, da der Richter blos aus der Klageschrift selten nur beurtheilen kann, ob die Klage nicht aufrecht erhalten werden kann, weil oft erst in der Replikschrift sich die Begründung ergibt, und weil erfahrungsgemäß im Falle der Berufung gegen ein solches Abweisungsurtheil, das Obergericht der Klage ihren Lauf läßt. Mit einem auf Mündlichkeit gebauten Verfahren ist aber eine solche einseitige Abweisung rein unverträglich, da das schriftliche Vorverfahren nur einen vorbereitenden Charakter hat, und nur auf den Grund der mündlichen Verhandlung das Gericht contradiktorisch über den Anspruch zu entscheiden hat. Der Verein erklärte sich auch gegen den im Entwurf enthaltenen Vorschlag, bei dem Mahnverfahren die bisherigen Bestimmungen aufzuheben, daß auf den ersten Zahlungsbefehl die Vollstreckung erst nachgesucht werden kann, wenn ein Liquid-Erkenntniß erlassen wurde. Nach dem Entwurf soll schon in dem Zahlungsbefehl die Drohung enthalten sein, daß, wenn der Beklagte innerhalb 14 Tagen nicht bezahlt, die Vollstreckung auf Anrufen des Klägers verfügt werde, und wenn der Beklagte nicht den Antrag befolgt, so soll bis Ablauf von 3 Monaten die Hülfsvollstreckung begehrt werden können. Für die Ansicht des Advokatenvereins, es bei dem bisherigen Rechte zu belassen, spricht entschieden, daß es für den Gesetzgeber immer gefährlich ist, einer in dem Volke tief wurzelnde die Handlungsweise der Bürger bestimmenden Ansicht entgegenzutreten, wenn nicht die dringendsten Gründe die Aufhebung

23) Dies Archiv, Band V., S. 371.

der als schädlich nachgewiesenen bisherigen Einrichtung fordern. In Baden ist nun das Volk gewöhnt, einen Zahlungsbefehl wie eine Mahnung des Gläubigers zu betrachten, so daß der Schuldner jetzt wohl ernstlich Anstalten zur Zahlung zu machen sich bemüht, aber selten schon bezahlt, weil er weiß, daß noch das Liquid-Erkenntniß nachkommen wird, und dann Zeit genug ist, zu zahlen. Wird nun die neue Einrichtung eingeführt, so wird wenigstens noch während langer Zeit häufig ein Bürger, der auf das Liquid-Erkenntniß wartete, von der Vollstreckungs-Verfügung überrascht, und oft in Nachtheil versetzt. Uebrigens kann nach dem neuen Entwurf der Schuldner doch die gerichtliche Verhandlung begehren, wenn er Sicherheit für die Befriedigung stellt oder Wiederherstellung erwirkt. Ein anderer Antrag des Vereins geht dahin, die Bestimmung des §. 65, daß ein Gerichtsmitglied ein Resumé vortragen kann, weg zu lassen, weil dadurch sonst die bedenklichen Respizientenentscheidungen begünstigt werden. Wir werden unten nachweisen, daß der Antrag des Vereins, ebenso wie sein Antrag, daß Zeugen und Sachverständige regelmäßig vor Gericht vernommen werden sollen, wohl gegründet ist. Der Antrag aber, daß die Bestimmung des Entwurfs, nach welcher das Ermessen der Richter bei Würdigung der Beweise frei sein soll, weggelassen werde, ist so wichtig, daß er unten Gegenstand genauerer Prüfung sein muß.

Vergleicht man nun die beiden Entwürfe, den Hamburgischen und den Badischen in Bezug auf die Frage: ob das Prinzip der Mündlichkeit folgerichtig durchgeführt ist, so darf nicht verkannt werden, daß beide Entwürfe beachtenswerthe Bestimmungen enthalten, daß insbesondere im Badischen die Mündlichkeit weit richtiger als in der Prozeßordnung von 1831, durchgeführt wird; allein man überzeugt sich bald, daß wesentlich der Hamburgische Entwurf von dem Badischen sich unterscheidet, und der Erste dem Mündlichkeitsprinzip mehr treu bleibt. Ein Hauptunterschied zeigt sich schon darin, daß im Letzten das schriftliche Vorverfahren nur untre den Anwälten mittels der Gerichtsboten geführt wird, ohne daß Dekrete das Gericht hierzu nöthig fand, und daß der Entwurf klar ausspricht, daß die schriftlichen Grundlagen nur den Zweck haben, die Parteien von den thatsächlichen Behauptungen den zu produ-

cirenden Urkunden und den Anträgen in Kenntniß zu setzen, während in Baden die Schriften im Vorverfahren dem Gerichte eingereicht, und von diesem den Parteien mitgetheilt werden, daß vom Gerichte auf eine eingereichte Schrift verfügt und eine Prüfung der Klage durch das Gericht eintritt (§. 7 setzt ja voraus: daß die Klage gehörig beschaffen ist) [24]). Während der Entwurf für Hamburg §. 37 bestimmt ausspricht, daß die mündliche Verhandlung in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung als Grundlage für die Entscheidung diene auch rücksichtlich derjenigen Punkte, in welchen dieselbe von den schriftlichen Grundlagen abweichen, erklärt zwar auch der badische Entwurf Artikel XVII. §. 12, daß in der Tagfahrt bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung noch das Vorbringen von Einreden, Thatsachen und Beweisen, die in den übergebenen Schriften nicht enthalten sind, gestattet ist; setzt aber hinzu, daß Klageänderungen jedoch unberücksichtigt bleiben, wenn der Beklagte die Einlassung darauf verweigert. Dieser Zusatz zeigt, daß hier die nähere Bedeutung der Mündlichkeit nicht richtig aufgefaßt ist, und das unwillkührliche Fortwirken der bisherigen gemeinrechtlichen Ansicht von der Litiscontestation hat den badischen Entwurf verleitet, die Zulässigkeit der Klageänderung davon abhängig zu machen, ob der Beklagte die Einlassung verweigert, während nach dem Prinzip der Mündlichkeit und nach dem Grundsatz, dieses bis zur Entscheidung die Erörterung des wahren Sachverhältnisses möglich sein muß [25]) und die Klageänderung (z. B. auch nach französ. Recht) nur bewirkt, daß, wenn der Beklagte mit Grund erklärt, daß er [26]) nicht sogleich darauf sich einlassen kann, Vertagung eintritt, und die dadurch

24) Sehr gute Einwirkungen über schriftliches Vorverfahren in Arnold's (eines Mannes, der in langer Praxis gründlich das Bedürfniß kennen lernte, aber auch auf ausgezeichnete Weise mit den wissenschaftlichen Fortschritten vertraut ist) neuester Schrift: Die Umgestaltung des Civilprozesses in Deutschland. Nürnberg 1863, Seit: 71.

25) Richtige Bemerkungen bei Arnold S. 72.

26) Das Gericht prüft dies, s. oben Archiv, Band 33 S. 145, Bd. 39 S. 415 und Bd. 45 S. 136. In Frankreich wird von Unzulässigkeit der demande nouvelle nur bei der Appellation gehandelt. Sehr belehrend ist, was die Praxis zur demande nouvelle rechnet; gut: Bioche Dictionnaire de procedure Vol. V. p. 56.

vermehrten Kosten dem Kläger wegen der Verzögerung aufgelegt werden können.

Nach dem Hamburgischen Entwurfe beginnt die mündliche Verhandlung mit dem Vortrage des Klägers und endigt, wenn die Partei, welcher das letzte Wort zusteht, vorgetragen hat. Nach badischem Entwurfe §. 15 eröffnet der Vorsitzende die Verhandlung mit einer kurzen Darstellung der äußeren Lage des Rechtsstreites, und am Ende kann er das Ergebniß der Erörterung des Vorgetragenen zusammenfassen, und durch ein Mitglied ein (sogenanntes) Resumé vortragen lassen. Wir wünschen, gestützt auf Erkundigungen bei Juristen, welche das Wesen der Mündlichkeit genau kennen, daß die beiden Bestimmungen weggelassen werden, weil sie, wie die Erfahrung Frankreichs lehrt, unnöthig sind, aber auch schädlich werden können, indem nach richtiger Auffassung die Gerichtsmitglieder ohne Voreingenommenheit die mündlichen Vorträge anhören und nur auf den Grund derselben entscheiden sollen, während ein erläuternder Vortrag, wobei begreiflich nicht zu bestimmen ist, wie weit er ausgedehnt werden darf (die Worte im Entwurf: äußere Lage des Rechtsstreits sind sehr unbestimmt) zu leicht schon einen ihre Unbefangenheit bei Auffassung des Gehörten störenden Eindruck auf die übrigen Richter hervorbringen kann. Ein Schlußvortrag (warum wird das fremde höchst vieldeutige Wort: Resumé gebraucht?) kann leicht noch mehr bei der Abstimmung nachtheilig werden; gestattet der Entwurf den Anwälten Erinnerungen zu machen, so wird dadurch leicht ein der Unbefangenheit der Abstimmenden nicht günstiger oft widerlicher Streit hervorgerufen, bei welchem der Vorsitzende seinen Vortrag zu vertheidigen suchen wird. Die Eigenthümlichkeit des badischen Entwurfs, welcher nicht ein vollständiges Prozeßgesetzbuch vorlegt, sondern zu dem bestehenden, welches fortdauern soll, Ergänzungen und einige Abänderungen liefert, erweckt manche Besorgnisse, sowohl in Bezug auf die Schwierigkeit der Berathung und Abstimmung der Kammern, als auch in Bezug auf die spätere Rechtsprechung. Die Erfahrung lehrt [27]), daß überall, wo eine neue Gesetzgebung eingeführt wird, die sich an das bisher bestehende Gesetzbuch anschließt, und theilweise, so

27) Dies zeigt sich recht klar in Preußen, wo im Januar 1849 eine Ver-

weit das neue Gesetz keine Abänderung macht, das alte Gesetz fortbestehen läßt, unvermeidlich in der Rechtsübung vielfache Streitigkeiten entstehen, ob eine Bestimmung des bisherigen Gesetzes jetzt noch anwendbar ist. Noch mehr wird dies dann hervortreten, wenn das neue Gesetz auf einem völlig von dem des bisherigen Gesetzbuchs abweichenden Prinzip beruht, wie dies der Fall da ist, wo eine neue Civilprozeßordnung auf das Prinzip der Mündlichkeit gebaut ist, während das alte Gesetzbuch auf dem schriftlichen geheimen Prozeß beruht. Wir behaupten auf den Grund langjähriger Beobachtungen, daß es Demjenigen, der die Mündlichkeit im Prozesse in ihrer Durchführung in allen Einzelnheiten des Verfahrens nicht aus Erfahrung kennt, kaum möglich sein wird, die Tragweite mancher Vorschriften und die Nothwendigkeit für die Behandlung einzelner prozessualischer Fragen, im Geiste der Mündlichkeit Vorschriften zu erlassen, welche völlig von den Bestimmungen des alten Rechts abweichen. Wir fragen: ob erwartet werden kann, daß die Mitglieder der badischen Kammer, wenn sie über den neuen Entwurf abstimmen sollen, im Stande sein werden, zu erkennen, wie manche Bestimmungen der bisherigen Prozeßordnung mit den Vorschriften des neuen Entwurfes vereinbar sind, und welche Lücken im Entwurfe vorliegen. Auch die künftige Rechtsprechung wird in dieser Hinsicht auf viele Schwierigkeiten stoßen, und dies um so mehr, als in neuerer Zeit in constitutionellen Staaten die Sitte herrschend wird, die Gesetzesentwürfe mit sehr mageren Motiven vorzulegen, in den Commissionsberichten nicht selten mehr mit Andeutungen sich zu begnügen, so wie die Berathungen ziemlich abgekürzt sind, so daß die Rechtsprechung häufig nicht viel Trost in den Vorarbeiten findet [28]). Wenn der badische Entwurf mit Beibehaltung der Ordnung des Prozeßgesetzbuchs von 1831 bis 1851, daher mit den auf das Verfahren von Einzelnrichtern sich be-

---

ordnung über das Strafverfahren mit völlig neuen Grundlagen eingeführt wurde und daneben die Criminalordnung von 1805 fortbestehen sollte. Beständige Streitigkeiten erheben sich in Preußen darüber, in wie fern eine Vorschrift der Criminalordnung noch anwendbar ist.

28) Wir bitten die Art wie der Entwurf des Strafgesetzbuches mit der

ziehenden Vorschriften beginnt [29]), dann Art. XVII. die Bestimmungen über das Verfahren vor Kollegialgerichten folgen läßt, und sie mit dem allgemeinen Satz einleitet, daß die Vorschriften, welche für das Verfahren vor Amtsgerichten gegeben sind, auch für das Verfahren bei den Kollegialgerichten gelten, soweit nicht die folgenden §§. Anderes bestimmen, so kann dies in der Rechtsprechung nicht blos zu vielen Streitigkeiten führen, sondern auch Störungen erzeugen, weil nach der Erfahrung der Länder, in denen mündliches Verfahren gilt, viele Lehren für die in der Prozeßordnung von 1831, Vorschriften gegeben waren, die recht gut auf das Verfahren vor Einzelnrichtern paßten, nach dem Mündlichkeitsprinzip eine ganz andere Behandlung fordern, worüber gesetzliche Vorschriften gegeben werden müssen, z. B. in Bezug auf Legitimation zur Sache, Litis denuntiation, Intervention, Widerklage. Insbesondere werden in der Lehre von dem Beweise im neuen Entwurfe nothwendige Abänderungen der jetzt bestehenden Vorschriften aufgenommen werden müssen. Wenn es mit Einführung der Mündlichkeit Ernst ist, so muß doch die Vernehmung der Zeugen und Sachverständigen regelmäßig vor dem ganzen Gerichte angeordnet werden [30]), (§. 10, 94 genügt nicht). Es wird das wohlthätige Institut der interrogatio in jure aufgenommen werden müssen. Mehrere in der Prozeßordnung

---

die einzelnen Artikel rechtfertigenden Motiven vorgelegt, wie tief eingehend die in ganz Deutschland gerühmten Commissionsberichte bearbeitet waren, und wie die Berathung in den Kammern sehr umfassend stattfand, mit späterer Behandlung der Gesetzesentwürfe zu vergleichen. Jeder badische Richter, welcher das Strafgesetzbuch anzuwenden hat, wird gestehen müssen, daß er für die Rechtsprechung und das Verständniß des Gesetzbuchs in den Kammerarbeiten reiches Material vorfand.

29) In der Gesetzcommission von 1827 und 1830 war unter den Mitgliedern, welche das Prinzip der Mündlichkeit und das Verfahren vor Kollegialgerichten als Regel forderten, nur eine Stimme, daß die Prozeßordnung zuerst von den allgemeinen Lehren handeln, dann das Verfahren vor Kollegialgerichten und dann erst für das vor Einzelnrichtern aufstellen sollte, und der Grund, warum die jetzige Ordnung angenommen wurde, lag darin, daß die Commission von Oben nur gedrängt wurde, ihre Arbeiten zu beschleunigen, und daß man sich von Seite des Ministeriums nicht erklären wollte, ob Kollegialgerichte eingeführt werden sollten, so daß die Commission genöthigt war, ihre Arbeiten vorerst auf den bestehenden Zustand zu berechnen.

30) Gut gezeigt im neuen Magazin des hannov. Rechtes 1861, S. 196.

nach dem alten Systeme passende Bestimmungen dürfen in dem neuen Gesetzbuche nicht mehr Platz finden, z. B. die in §. 466 und 467 enthaltenen Beschränkungen des Zeugenbeweises. — Auf andere Punkte werden wir im Verfolge des Aufsatzes zurückkommen. —

Wir glauben Denjenigen, welche zur Abfassung neuer Gesetze über Civilprozeß beitragen, so wie Denjenigen, die an der Berathung neuer Entwürfe Theil nehmen, und Denjenigen, die neue auf Mündlichkeit gebaute Gesetze anwenden sollen, einen Dienst zu thun, wenn wir, gestützt auf die während 50 Jahren gesammelten Erfahrungen und Erkundigungen bei erfahrenen Männern in Ländern, in welchen mündliches Verfahren besteht, auf einzelne Punkte aufmerksam machen, die bei der Durchführung des Prinzips der Mündlichkeit in den Einzelnheiten des Verfahrens beachtet werden müssen, und zugleich die Schwierigkeiten der Durchführung zeigen. Wir knüpfen hier an die in diesem Archive [31]) gegebene Entwickelung der Grundrücksichten an, welche den Gesetzgeber und Richter leiten sollen.

IV. Eine der wichtigsten Einrichtungen für die Regelung des richtigen Verhältnisses der mündlichen Verhandlung zum schriftlichen Vorverfahren bildet das Institut der sogenannten Conclusions motivées in dem französischen Prozesse; sie werden in dem Code (Art. 406, 465) bei einzelnen Abschnitten des Prozesses zwar schon erwähnt, ihre Hauptbedeutung haben sie aber erst durch das Dekret vom 30. März 1808 Art. 71 erhalten; sie werden von allen erfahrenen französischen Juristen für höchst zweckmäßig gehalten, insofern sie die wahre Grundlage des Prozesses bilden, indem die Conclusionen einige Tage vor der Sitzung von den Anwälten bei Gericht eingereicht werden und die kurze Angabe der thatsächlichen Verhältnisse, auf welche sich die durch die Klage eingebrachte Verhandlung beziehen soll, die Rechtspunkte, worauf es ankömmt, und den Antrag oder das Gesuch, was das Gericht in der Sache aussprechen soll, enthalten. Ihre Wirkung ist, daß durch sie die Competenz des Gerichts bestimmt wird, wenn sie in der Sitzung vorgetragen sind, die Sache nach französischem Ausdruck en état kömmt, und das

31) Archiv, Bd. 45, S. 122—138.

Urtheil als ein contradictoriſches gilt, daß ferner durch ſie die Punkte feſtgeſtellt werden, über welche die Gerichte zu entſcheiden haben. Eine weitere gute Wirkung dieſer Concluſionen iſt, daß dadurch die Anwälte den Stand der zu verhandelnden Sache kennen lernen und der Vorſitzende wie die Richter, indem die Concluſionen vor der Sitzung auf der Gerichtsſchreiberei hinterlegt ſind, den Stand der Sache, worüber verhandelt werden ſoll, erfahren und ſich vorbereiten können [32]). Die Sitzung wird damit eröffnet, daß dieſe Concluſionen vorgeleſen werden. Es iſt geſtattet, bei dieſer Vorlage in der Sitzung berichtigende oder zuſätzliche Concluſionen, begreiflich vielfach von den vor der Sitzung überreichten oft abweichende, vorzubringen. Der Gerichtsgebrauch iſt nun in den franzöſiſchen, belgiſchen und rheiniſchen Gerichten in Anſehung dieſer Concluſionen vielfach verſchieden, indem bei einigen Gerichten man ſich damit begnügt, daß der Anwalt einer Partei den Schluß der Concluſionen, welcher das Geſuch enthält, vorlieſt, und der Anwalt des Gegners das Nämliche in Bezug auf ſein Geſuch thut, während in anderen Gerichten die Concluſionen ganz vorgeleſen werden, in einigen Gerichten, namentlich auch in Belgien, regelmäßig in dieſer Sitzung, wenn die Concluſionen vorgeleſen ſind (was in Frankreich position des qualités heißt) der Präſident erſt die Tagfahrt beſtimmt, in welcher die Sache plädirt werden ſoll (in einigen Gerichten nur, wenn um dieſe Vertagung ein Anwalt erſucht), während in anderen Gerichten (wohl in den meiſten) die mündlichen Vorträge ſogleich beginnen. Anerkannt iſt durch viele Entſcheidungen [33]), daß die Concluſionen in jeder Lage des Streites ſelbſt nach den mündlichen Vorträgen modificirt werden können, ſo lange die Staatsbehörde nicht ihren Vortrag gehalten, oder der Vorſitzende die Verhandlung geſchloſſen hat. Die Concluſionen [34]) werden auch wichtig für die Abfaſſung der Entſcheidungsgründe. Eine

32) Verhältnißmäßig enthält die franzöſiſche Literatur über dieſes Inſtitut wenig. Gute Erörterungen finden ſich beſonders bei Carou in der Encyclopédie du droit. Nr. 5 p. 456 und in Bioche Dictionnaire de procedure civile 3. Aufl. Bd. 2, p. 487.

33) Carou in der Encyclopédie p. 457.

34) Sie werden in Frankreich von dem Avoué bearbeitet, und der Avoca ſoll ſie nicht ändern, wenn nicht der Avoué zuſtimmt.

große Verschiedenheit zeigt sich nun bei den verschiedenen Gerichten in Ansehung des Umfangs der Conclusionen, indem manche Avoués sie so weitläufig arbeiten, daß sie eigentlich Denkschriften werden; Andere dagegen mit einer sehr mageren Angabe der Thatsachen und kurzen Andeutungen der moyens sich begnügen, wogegen die besseren Anwälte eine zwar kurze, aber für die Einsicht in das Strebverhältniß genügende Darstellung der Thatsachen und der Rechtsgründe geben. Alle Erkundigungen bei erfahrenen Juristen in Frankreich und am Rhein stimmen nun darin überein, daß jeder Gesetzgeber, der die Civilprozeßgesetzgebung gut regeln will, auf diese Conclusionen besonderen Werth legen soll, weil sie für die mündliche Verhandlung die beste Grundlage geben, daß es aber wünschenswerth ist, daß im Gesetzbuche genauere Vorschriften, als in Frankreich bestehen, für die Abfassung und das Verhältniß der Conclusionen erlassen werden sollen [35a]).

V. Eine bedeutende Frage ist die, in welchem Verhältniß die Mündlichkeit zu der Unmittelbarkeit des Verfahrens steht. Bekanntlich ist in neuerer Zeit vielfach im Strafverfahren vorgeschlagen worden, statt des vieldeutigen Ausdrucks „Mündlichkeit" das Wort „Unmittelbarkeit" zu gebrauchen, um damit klar zu bezeichnen, daß alle Verhandlungen, auf deren Grund die Richter entscheiden sollen, vor diesen Richtern selbst vorgehen müssen. Ueber das Verhältniß nun von Mündlichkeit und Unmittelbarkeit ist vielfach Streit, und zwar selbst in dem nämlichen Lande unter den Juristen, wie dieß sich aus den Erklärungen verschiedener achtungswerther hannöverischer Juristen ergibt [35]). Nothwendig ist es schon, über den verschiedenen Sinn des Wortes Mündlichkeit sich zu verständigen; man bemerkt bald, daß der Ausdruck gebraucht wird, entweder so, 1) daß im Gegensatz der Schriftlichkeit des Verfahrens die Parteien durch ihre Vertreter

35a.) In Nordamerika macht sich das Bedürfniß, daß die bei Gericht einzureichenden Schriften mehr gleichförmig sein sollten, in der Art geltend, daß in Newyork ein amtlich von der Gesetzcommission bearbeitetes Werk: Book of forms adapted to the Code of procedure, Newyork 1861 veröffentlicht wurde.

35) Wir bitten hierüber zu vergleichen Mater im Magazin für hannöverisches Recht, Bd. 7, S. 91; vergl. mit Leonhardt im Neuen Magazin, Bd. 1, S. 25—47, und Kistemacker im Neuen Magazin, Bd. 2, S. 196.

ihre Behauptungen, Gründe und Anträge vor den urtheilenden Richtern ohne Ueberreichung von Schriften vortragen, oder 2) daß überhaupt die mündliche Verhandlung die Grundlage der richterlichen Entscheidung bilden soll, oder 3) daß die Richter nur darauf ihr Urtheil bauen dürfen, was ihnen unmittelbar von den Parteien vorgetragen wurde, und daß sie dabei das Mittel der schriftlichen Vorträge nicht benützen dürfen. Es ist nun in Hannover behauptet worden, daß der Grundsatz der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit nicht zusammen falle, daß man auch nicht behaupten dürfe, daß alle Verfügungen und Entscheidungen des Gerichts auf den Grund mündlicher Verhandlungen gebaut seien; richtig ist es auch, daß ohnehin das Mündlichkeitsprinzip nicht im ganzen Verfahren durchgeführt sei, indem sowohl in der Beweisinstanz als in der zweiten Instanz die Richter in einer Lage wären, auch auf Akten ihre Entscheidung zu bauen. Die Hauptbedeutung enthält aber die Frage über die Mündlichkeit und Unmittelbarkeit in zwei Fällen, A) wenn bei der Berathung unter den Richtern Streit entsteht, und man sich genöthigt sieht, auf vorliegende schriftliche Aufzeichnungen zurückzukommen; B) wenn in einer nachfolgenden Sitzung einer der früheren Richter ausfällt und ein neuer Richter eintritt.

ad A. In der hannöverischen Prozeßordnung ist bestimmt Artikel 357: die Darstellung des Thatbestands im Urtheil liefert rücksichtlich des mündlichen Vorbringens der Parteien vollen Beweis, welcher lediglich durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden kann. Es wird dabei auf Artikel 360 verwiesen, welcher die Vorschrift enthält: Jede Partei ist binnen dreitägiger Frist befugt, die Berichtigung etwaiger Unrichtigkeiten oder Auslassungen in der Darstellung des Thatbestands im Urtheil zu begehren. Die Berichtigung des Thatbestands, welche, sofern der Antrag begründet, vom Gerichte vorzunehmen ist, hat jedoch keinen Einfluß auf die im verkündeten Urtheile enthaltene Entscheidung. Man bemerkt nun bald, daß dabei die Frage wichtig wird, wie das Sitzungsprotokoll abgefaßt werden soll. Nach der hannöverischen Prozeßordnung soll der Vorsitzende des Gerichts, auf Antrag der Gegenpartei, der beisitzenden Richter und selbst von Amtswegen verordnen, daß wesentliche thatsächliche Abweichungen des mündlichen Vortrags von dem schriftlichen

Vorbringen durch nachträgliches schriftliches Vorbringen oder das Sitzungsprotokoll festgestellt werden. Die schriftlich gestellten Abweichungen sind zu verlesen [36]). Die Wichtigkeit der Frage, wie das Sitzungsprotokoll abgefaßt werden soll, leuchtet ein, damit es vollkommen dem Zwecke entspricht, ebenso den Richtern bei ihrer Berathung im Falle eines Streits über den Inhalt des Vorbringens als Leitstern zu dienen, als eine Grundlage für die Berathungen der Richter in der zweiten Instanz zu gewähren. Man fühlt hier bald, daß es höchst wichtig für die Gesetzgebung ist, zu bestimmen, in welchem Umfange die Aufzeichnungen im Protokolle geschehen sollen, daß aber auch die Möglichkeit, ein solches genügendes Protokoll zu liefern, von gewissen Einrichtungen, deren Beobachtung die Treue der Aufzeichnung verbürgt, und von gewissen Garantieen abhängt, das Vertrauen zur Richtigkeit des Protokolls zu begründen. In der ersten Beziehung kömmt es darauf an, ob das Protokoll vollständig den ganzen Inhalt der Verhandlung enthalten soll, oder ob es nur in einem Auszuge Dasjenige zu enthalten hat, was die wesentliche Grundlage der Verhandlung in der Art bildet, daß aus der Einsicht des Protokolls erhellt, welche thatsächliche Angaben die Parteien machten, soweit deren Kenntniß zur Beurtheilung des Streitfalles nothwendig wird. Wollte man das Erste verlangen, so würde das sogenannte mündliche Verfahren in ein schriftliches übergehen, und vielfache Schwierigkeiten würden entstehen, wenn man entweder nur dem Gerichtsschreiber, der das Protokoll führt, überlassen wollte, was er aufzeichnen will, oder verordnen wollte, daß der Präsident das Protokoll dictire, was begreiflich zu einer zeitraubenden und die Lebendigkeit der mündlichen Verhandlung vernichtenden Verzögerung führen, aber auch ganz unnütz sein würde, sobald man annehmen darf, daß verständige und gewis-

36) Die hannöversche Prozeßordnung bestimmt §. 116, daß das Sitzungsprotokoll auch den Gang der Verhandlung im Allgemeinen enthalten muß. Die von den Parteien oder dem Staatsanwalt gestellten Anträge, soweit sie nicht schriftlich übergeben sind, sowie die Beschlüsse des Gerichts, soweit sie nicht als Anlage dem Protokoll beigefügt werden; und §. 117 gibt jeder Partei das Recht, zu verlangen, daß in der Sitzung abgegebene Geständnisse, Einwilligungen oder Anerbieten behufs sicherer Feststellung derselben wörtlich in das Protokoll aufgenommen werden, daß die niedergeschriebene Erklärung vorgelesen und der Erklärende befragt werden soll, ob sie der mündlichen Rede entspricht.

senhafte Richter ihre Pflicht thun, aufmerksam der Verhandlung zu folgen und dafür zu sorgen, daß ihrem Gedächtniß nachgeholfen wird [37]). Es bleibt auf diese Art nichts übrig, als die Aufzeichnungen im Protokoll auf Dasjenige zu beschränken, was zum Behufe des späteren Gebrauchs ein Bild von Dem gibt, was in der Verhandlung vorkam, daher auch eine gedrängte Darstellung der vorgebrachten thatsächlichen Angaben, der Anträge der Parteien und der Beschlüsse des Gerichts. Mit Recht hat, belehrt durch die Erfahrungen in dem Handelsgerichte, der Hamburgische Entwurf §. 39 vorgeschrieben, daß in dem Protokoll auch die rechtliche Begründung der gestellten Anträge, soweit dieß zum Verständniß erforderlich ist, erwähnt werden sollen [38]). Als eine zweckmäßige Einrichtung erscheint hier vorzüglich die Sorgfalt, daß die geeignetsten Personen gewählt werden, welche das Protokoll aufzunehmen haben. Eine Sicherheit, daß alles Wesentliche und dieß ganz treu aufgezeichnet wurde, läßt sich nur erwarten, wenn eine juristisch gebildete Person das Protokoll führt, da ein Anderer nicht so Gebildeter nicht im Stande ist, richtig zu beurtheilen, was relevant und wichtig ist. Als eine nothwendige Garantie für die Treue des Protokolls erscheint aber, daß für eine gehörige Controle der Aufzeichnungen gesorgt wird. In dieser Hinsicht wird die Controle durch den Präsidenten bedeutend, welcher durch die während der Verhandlung gemachten Aufzeichnungen in Stand gesetzt wird, die Richtigkeit des Protokolls zu prüfen [39]); ferner ist die Controle der Anwälte wich-

37) In dieser Beziehung verdienen die Beobachtungen von Bomhard in der Schrift: „Die Civilrechtspflege in der bayerischen Pfalz" S. 67 Beachtung. Gewissenhafte Richter in den rheinischen Gerichten haben die Sitte, sich während des Anhörens der Verhandlungen Aufzeichnungen zu machen, oft selbst umständliche, die gehörten Vorträge auszugsweise sich zu bemerken, so daß sie dann leicht bei der Abstimmung, selbst, wenn sie erst später erfolgt, durch ihre Aufzeichnungen belehrt werden.

38) Dieß zeigt sich nach den Erfahrungen des Handelsgerichts in Bremen als wohlthätig, theils weil häufig die Verhandlung im Wesentlichen nur eine wichtige Rechtsfrage betrifft, theils weil die thatsächlichen Verhältnisse von Bedeutung oft nicht richtig gewürdigt werden können, wenn sie nicht mit der rechtlichen Begründung in Zusammenhang gebracht werden.

39) Wir erinnern an die wichtigen Erfahrungen, welche in diesem Archive der Präsident des Bremischen Handelsgerichts Heineken (Archiv, Bd. 35, S. 8, 9) mitgetheilt hat.

tig, welchen das Protokoll vorgelegt werden muß, um auf die Berichtigung antragen zu können. Da jeder Anwalt berechtigt ist, auch während der Sitzung darauf anzutragen, daß im Protokoll eine wichtige Thatsache, z. B. ein Geständniß, ein Anerbieten constatiren werde, so muß nur dafür gesorgt werden, daß nicht durch die vielfachen Anträge dieser Art auf eine die gute Auffassung der Vorträge störende Weise die mündliche Verhandlung zu viel unterbrochen und der Vortrag eines Anwalts zerrissen wird [40]). Für jeden Gesetzgeber sind hier die mitgetheilten Erfahrungen hannöverischer Praktiker [41]) und die Nachrichten wichtig, welche ausländische Juristen, die den hannöverischen Prozeß in Hannover beobachten wollten [42]), mitgetheilt haben. Nicht weniger muß die Beachtung der Verhandlungen empfohlen werden, welche in Frankreich 1856 über die Mittel vorkommen [43]), durch welche das Sitzungsprotokoll bei den correctionellen Gerichten zweckmäßig abgefaßt werden kann, daß es als Grundlage für die Richter in der Berufungsinstanz dienen darf.

ad. B. Ein schwieriger Punkt für die Durchführung der Mündlichkeit ergibt sich da, wenn die Frage vorliegt, wie es gehalten werden soll, wenn bei einer späteren Sitzung neue Richter hinzukommen, welche bei der früheren Verhandlung nicht gegenwärtig waren, über welche nun abgestimmt werden soll. Im Strafverfahren wird darauf gehalten, daß die Verhandlung ein ununterbrochenes Ganze bildet, so daß da nicht leicht die Frage entstehen kann, während im Civilverfahren, in welchem eine solche ununterbrochene Verhandlung häufig nicht vorkommen kann, die Fälle sich zeigen werden, daß zwischen der mündlichen Verhandlung über die Sache, die nicht durch Urtheil erledigt wurde, und der Abstimmung ein längerer Zeitraum dazwischen liegt, in welchem manche Veränderungen im Richterpersonal vorkommen

40) Leonhardt: Das Civilprozeßverfahren in Hannover S. 69.

41) Leonhardt: l. c. S. 59, 67, 95. Plank: in der preußischen Gerichtszeitung 1861, S. 170. Schmidt daselbst S. 350.

42) Oppermann: in diesem Archiv, Bd. 37, S. 456 bis 62. Breitling, im Archiv, Bd. 43, S. 336, 340 Bd. 44, S. 103.

43) Nachweisungen im Gerichtssaal 1857, S. 12. Die Frage ist in neuerer Zeit in dem Streite, ob in Strafsachen Appellation zugelassen werden soll, vielfach verhandelt worden, s. meinen Aufsatz in Goltdamer, Archiv für Preußisches Strafrecht X., S. 546.

können, indem ein früherer Richter in der Zwischenzeit versetzt wird oder stirbt, und ein neuer Richter hinzutritt, vorzüglich in dem Falle, wenn eine Entscheidung nur über einen dazu reifen Punkt gegeben wurde, während in der mündlichen Verhandlung auch andere Punkte erörtert wurden, über welche erst in einer späteren Sitzung abgestimmt wird [44]). Genaue Erkundigungen in Frankreich und bei rheinischen Juristen lehren, daß man dort keine besonderen Schwierigkeiten findet, in Hannover aber kommen über die Art der Behandlung solcher Fälle sehr verschiedene Ansichten vor [45]). Der neu eintretende Richter kann über die früheren Verhandlungen, bei denen er nicht gegenwärtig war, keine Entscheidung abgeben; es scheint also nichts übrig zu bleiben, als daß, um den Grundsatz der Mündlichkeit aufrecht zu erhalten, bei Eintritt des Zeitpunkts zur Abgabe der ausgesetzten Entscheidung eine zweite mündliche Verhandlung über die jetzt zu entscheidenden Punkte angeordnet werde [46]). Dadurch würden freilich oft ein großer Zeitaufwand, bedeutende Kosten und nicht selten eine neue Schwierigkeit herbeigeführt, wenn in der neuen mündlichen Verhandlung ein anderes thatsächliches Einbringen vorkömmt als in der früheren. Leonhardt (der eigentliche Redactor der hannöverischen Prozeßordnung) bemerkt [47]), daß eine Abhilfe nur auf dem Wege der Gesetzgebung geschehen kann. Die Frage wird hier bedeutend werden, ob nicht angenommen werden darf, daß durch die genauen Aufzeichnungen im Sitzungsprotokoll und durch andere vorgelegte Schriften eine solche Grundlage geliefert wird, daß auch der neu eintretende Richter mit Sicherheit abstimmen kann. Das Prinzip der Mündlichkeit wird dann freilich verletzt.

---

44) Auf diesen Fall nimmt die hannöverische Prozeßordnung §. 346 Rücksicht.

45) Meyer: im Magazin für hannöverisches Recht, Bd. 7, Seite 89. Leonhardt: im Neuen Magazin 1860, S. 49. Plank: in der preußischen Gerichtszeitung 1861, S. 170.

46) Hannöverisches Magazin, Bd. 7, S. 88.

47) Neues Magazin 1860, S. 49.

(Fortsetzung im nächsten Hefte.)